Vorbereitung und Gefährdung der Leistung

Zum vorbeugenden Rechtsschutz im Schuldverhältnis und zur Dogmatik der sogenannten unselbständigen Nebenpflichten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Edlef Lange
aus Berlin

1971

1970

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547609_0030

Vorbereitung und Gefährdung der Leistung

Zum vorbeugenden Rechtsschutz im Schuldverhältnis und zur Dogmatik der sogenannten unselbständigen Nebenpflichten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Edlef Lange
aus Berlin

1971

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Robert Scheyhing

1.Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Josef Esser

2.Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Münzberg

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1970

Inhaltsübersicht

1. Kapitel: Einleitung 1

I. Leistungsvorbereitung im Erfüllungszeitraum (1) - Die Reaktionen der Rechtsordnung auf mangelhafte Leistungsvorbereitung (3)

II. Künftige Leistungen und Fälligkeitszeitpunkt (5) - Insbesondere: Rückgabeschulden (5) und aufschiebend bedingte Verfügungen (9)

III. Vorbereitung der Leistung vor Begründung der Leistungsverbindlichkeit? (10) - Zum sog. "Übernahmeverschulden"

Erster Teil: Leistungspflicht und Vorbereitungspflicht in der allgemeinen Schuldrechtsdogmatik.

2. Kapitel: Das sog. Gebot im eigenen Interesse zur Erhaltung der Leistungsmöglichkeit und -bereitschaft. 14

I. Die Umkehrung oder "negative Seite" der Leistungspflicht - eine unselbständige Nebenpflicht? (15)

II. Die Erhaltung der persönlichen Leistungsfähigkeit: Pflicht gegenüber dem Gläubiger oder Gebot im eigenen Interesse (19)

1. Erörterung im Rahmen des § 616 BGB (20)

2. Erhaltung der Leistungsfähigkeit in Freizeit und Urlaub (27)

3. Kapitel: Leistungsvorbereitung, Leistungshandlung, Leistungserfolg. 30

I. Zu den Begriffen Leistung und Schuld in der Dogmatik des Schuldverhältnisses (30)

1. Der Leistungsbegriff des allg. Schuldrechts (30)

2. Das Schulden der Leistung (40)

II. Die Pflichtbindung des Schuldners im Schuldverhältnis (43)

1. Die Leistungspflicht: Keine Determination des Leistungsverhaltens ex ante (44)

2. Leistungspflicht und Verhaltenspflicht im Rahmen der Haftungsfrage (49)

3. Zur Struktur der "autonomen Pflichtbindung" des Schuldners (53)

Zweiter Teil: Die Sanktion pflichtwidrigen Schuldnerverhaltens vor Fälligkeit der Leistung.

4. Kapitel: Die repressive Sanktion - Vertragsbeendigung vor Fälligkeit der Leistung. 59

I. Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners

1. Dogmatik: "Erklärungshaftung" oder Leistungsstörung durch Gefährdung des Gläubigerinteresses? (59)

2. Die Rechtsfolgen der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung (62)

(a) Fristsetzung (63)
(b) Sekundär- und Primärhaftung (65)
(c) Der Tatbestand der "Gefährdung des Leistungsinteresses" (66)

3. Sonderfall: Die Erfüllungsverweigerung des Geldschuldners (68)

II. Exkurs: Zum Verhältnis von Erfüllungshaftung und Schadenshaftung im Schuldverhältnis

a) bei unvertretbaren Leistungen (72)

b) bei vertretbaren Leistungen (73)

c) insbesondere bei Werklieferungs- und Beschaffungsschulden (75)

d) bei Geldschulden (78)

5. Kapitel: Die präventive Sanktion (A) - Anspruch auf Sicherheitsleistung und dinglicher Arrest 82

I. Materiell-rechtliche Sicherheitsleistungsansprüche

1. Spezielle gesetzliche Fälle (82)

2. Die "Generalklausel" des § 321 BGB (83)

II. Klage auf Sicherheitsleistung und dinglicher Arrest (85)

III. Angang: Arrestsicherung und kongruente Deckung - § 30 KO (89)

6. Kapitel: Die präventive Sanktion (B) - Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht 94

I. Die Maßnahmen der einstweiligen Verfügung und die Rechtsfolgen des materiellen Rechts

1. Uneinheitlicher Standpunkt der Literatur (94)

2. Der erkennende und der vollziehende/gestaltende Teil der Verfügung (96)

3. Die zulässigen Maßnahmen der einstweiligen Verfügung (99)

II. Die prozessualen Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes

1. Einleitung (102)

2. Der Verfügungsgrund und der Tatbestand der Interessengefährdung (104)

3. Der Verfügungsgrund im Rahmen des Schadensersatzprozesses gem. § 945 ZPO (114)

Zusammenfassung (124)

7. Kapitel: Die präventive Sanktion (C) - Klagen im Erfüllungszeitraum (Vorbeugender Rechtszwang im Erkenntnisverfahren). . . 126

I. Klage auf künftige Leistung - § 259 ZPO (126)

II. Vorbeugende Unterlassungsklage bei drohender Verletzung relativer Rechte

1. Allgemeines zur vorbeugenden Unterlassungsklage im außervertraglichen Bereich (130)

2. Unterlassungsklage im Rahmen des vertraglichen "Schutzverhältnisses" (133)

3. Vorbeugende Unterlassungsklage im Bereich der vertraglichen Leistungsbeziehung (134)

III. Vorbeugende Klage auf Vornahme von Handlungen und sichernden Maßnahmen

1. Klage auf Erfüllung von "selbständigen Nebenleistungsansprüchen" (139)

2. Klage zur Durchsetzung eines "Sicherungsanspruchs" bei Rechtsgefährdung (141)

IV. Erfüllungsklage vor Fälligkeit? (143)

Literaturverzeichnis 146

1. Kapitel: E i n l e i t u n g

I. Leistungsvorbereitung im Erfüllungszeitraum.

Zwischen die Begründung einer Schuldverbindlichkeit und ihr Erlöschen durch Erfüllung im Fälligkeitszeitpunkt schiebt sich in der Regel - von Fällen eines sofortigen Vollzugs der Leistung abgesehen - ein Zeitraum, in dem vom Schuldner ein mehr oder weniger intensiv auf die Schulderfüllung ausgerichtetes Verhalten erwartet wird.

Der Sachleistungsschuldner hat die Sache bis zur Lieferung vor Beeinträchtigung zu bewahren und ggf. für rechtzeitige und sorgfältige Versendung zu sorgen. Je nachdem hat er die Sache auch erst zu beschaffen oder herzustellen und hierfür wiederum die notwendigen Dispositionen hinsichtlich der erforderlichen Rohmaterialien und Gerätschaften zu treffen. Der Schuldner einer Dienstleistung beispielsweise sieht sich genötigt, für seine persönliche Bereitschaft und Fähigkeit zur schuldgerechten Erfüllung Sorge zu tragen: Er hat sich persönlich vorzubereiten, seine notwendigen Hilfsmittel (sowie eventuelle Hilfspersonen) einsatzfähig zu halten oder ggf. zu beschaffen.

Komplementär zu diesem aktiv auf die Schulderfüllung gerichteten Verhalten ist der Schuldner umgekehrt gehalten, solche Handlungen und Maßnahmen zu unterlassen, welche die künftige Erfüllung gefährden oder vereiteln würden. Dies kann so verschiedene Aspekte umfassen wie z.B. die Unterlassung anderweitiger Veräußerung der geschuldeten Sache oder der Teilnahme an einem Arbeitskampf, der die Einhaltung der übernommenen Lieferverpflichtungen in Frage stellen würde; der Dienstleistungsschuldner schließlich darf seine physische Leistungsfähigkeit nicht durch unvernünftiges (etwa grob gesundheitsgefährdendes) Verhalten für die Leistungszeit in Frage stellen usf.

Dieser gesamte schuldnerische Verhaltensbereich bleibt im Normalfall der ungestörten Schuldabwicklung weitgehend anonym: Er wird in der vertraglichen Vereinbarung der Parteien nicht besonders angesprochen und ist in seiner denkbar vielfältigen konkreten Ausprägung im voraus auch kaum zu beschreiben. Das Interesse des Gläubigers richtet sich dementsprechend in der Regel auf die Wirkung, den Erfolg des schuldnerischen Bemühens, nicht auf Art und Umfang des vom Schuldner im Hinblick auf das Vertragsziel entfalteten Aufwandes, Verhaltens und Unterlassens. Dieses gesamte schuldnerische Verhalten kann sonach insgesamt als aktive oder passive "Vorbereitung" der Leistung, diese verstanden als der zu realisierende Leistungserfolg, begriffen werden.

Nach verbreiteter dogmatischer Vorstellung können in Bezug auf das vom Schuldner zwischen Schuldbegründung und Erfüllungseintritt entfaltete Verhalten drei Bereiche voneinander abgesetzt werden:

(1) Einmal - als Hauptinhalt des Schuldverhältnisses - die "eigentliche Leistung", die der Schuldner zu bewirken versprochen hat und die ggf. vom Gläubiger eingeklagt und auf dem Zwangswege realisiert werden kann.

(2) Dem wird ein Bereich weiteren Bemühens des Schuldners gegenübergestellt, das nur der "Vorbereitung der Leistung" diene und Gegenstand sog. weiterer Verhaltenspflichten (unselbständiger Vorbereitungspflichten) sei.

In diesem Sinne bemerkt z.B. L a r e n z (1): "Im Rahmen des Schuldverhältnisses kann außer der eigentlichen Leistungshandlung, die unmittelbar auf die Herstellung des Leistungserfolges zielt, ein mannigfaches sonstiges Verhalten geschuldet sein ... Bei der Vorbereitung der Leistung muß der Schuldner bereits diejenige Sorgfalt und Mühe aufwenden, deren es bedarf, um den Schuldzweck zu erreichen." Darin sieht L a r e n z eine "weitere Verhaltenspflicht über die Leistungspflicht hinaus".

Das Charakteristische dieser weiteren Verhaltenspflichten, mithin auch der "Vorbereitungspflichten", soll ihre Unklagbarkeit sein, wonach es dem Gläubiger verwehrt sei, durch Klage und Zwangsvollstreckung auf die Vorbereitung der Leistung durch den Schuldner einzuwirken (2).

(3) Schließlich wird auch vom Vorbereitungsverhalten noch eine Ebene schuldnerischen Bemühens abgeschichtet, das in diesem Sinne nicht einmal Gegenstand einer (unselbständigen) Vorbereitungspflicht gegenüber dem Gläubiger, sondern allenfalls Inhalt eines "Gebots in eigenem Interesse" sei: So wenn der Schuldner im Hinblick auf seine Erfüllungsbereitschaft gehalten sei, seine eigenen Gerätschaften und Maschinen, aber auch seine Gesundheit und Leistungsfähigkeit zu erhalten, um Rechtsnachteile zu vermeiden (3). Ein Rechtszwang seitens des Gläubigers in diesen "Privatbereich" des Schuldners erscheint von vornherein ausgeschlossen.

---

1) Larenz, LB I, § 2 I S.6 FN 3.
2) Z.B. Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 2 V 2a
3) Z.B. Esser, LB (2.A.), § 57,1o; vgl. weiter unten 2. Kap. bei N.41 ff.

Im Folgenden wird der dogmatische Standort und die praktische Bedeutung der Vorbereitungspflicht im Gefüge des Schuldverhältnisses untersucht.

In einem ersten Teil soll aus der Sicht der allgemeinen Schuldrechtsdogmatik das Verhältnis der sog. "eigentlichen Leistung" zur vertraglichen Gebundenheit des Schuldners bei der "Vorbereitung" (vor Fälligkeit) bestimmt werden. Hierfür wird zunächst beispielhaft erörtert jene erwähnte "Pflicht im eigenen Interesse zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit" (2. Kapitel) und anschliessend - im weiteren Rahmen - die Stellung und Bedeutung der unselbständigen Verhaltenspflichten bei der Vorbereitung im Verhältnis zum allgemeinen Begriff der Leistung im Schuldverhältnis (3. Kapitel).

Die Untersuchung zielt auf die Klärung der Frage, ob und mit welchen Mitteln der Gläubiger schon im Stadium vor Fälligkeit der Leistung Sanktionen gegen den Schuldner ergreifen kann. Wenn gesagt wurde, daß das schuldnerische Bemühen um Vorbereitung und Bewirken der Leistung in der Regel nicht die Aufmerksamkeit des Gläubigers beansprucht, so ändert sich dies u.U., wenn sich im Verlauf der Vertragsdurchführung erweist und dem Gläubiger zur Kenntnis gelangt, daß der Schuldner ein Verhalten an den Tag legt oder auch vermissen läßt, das die künftige Erfüllung der Verbindlichkeit in Frage stellt.

Der Verkäufer einer Sache macht Anstalten, die Erfüllung zu vereiteln, indem er die Sache anderweitig abzusetzen versucht oder sie durch unsachgemäße Verwahrung oder Gebrauch zu verschlechtern droht. Der Architekt verzögert den Beginn seiner "Vorarbeiten" und stellt damit die termingerechte Fertigstellung des Werkes in Frage. Der Dienstverpflichtete "gefährdet" seine Leistungskraft, indem er etwa im Urlaub oder in der Freizeit einer anstrengenden anderen Tätigkeit nachgeht. Ein Schuldner, der sich zur Übertragung seiner GmbH-Anteile verpflichtet hatte, versucht die Erfüllung dadurch zu hintertreiben, daß er durch gegenteilige Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung die Abtretung der Anteile unmöglich machen will usf.

In solchen Fällen kann für den Gläubiger Anlaß zu einer sofortigen Reaktion noch vor Fälligkeit der Leistung gegeben sein, und zwar grundsätzlich in zwei Richtungen:

(1) Einmal dahin, daß er angesichts der zu Tage getretenen Unsicherheit der Erfüllung von der positiven Durchführung des Vertrages vorzeitig Abstand nehmen, d.h. zurücktreten oder ggf. die Erfüllung ablehnen und seinen "Schaden wegen Nichterfüllung"

liquidieren will.

(2) Oder umgekehrt, daß er einen sofortigen, direkten Rechtszwang auf den Schuldner ausüben will, um die (spätere) Erfüllung der Primärleistung zu sichern und zu gewährleisten.

In beiden Richtungen sind in der Rechtsordnung gewisse Mittel und Formen angelegt, die aber sachlich und systematisch wenig koordiniert erscheinen:

(1) Der Aspekt der vorzeitigen Lösung des Gläubigers vom Vertrag begegnet im Rahmen der Lehre von den Leistungsstörungen unter dem Stichwort der "Erfüllungsverweigerung". Dieser Tatbestand wird im allgemeinen eng begrenzt auf den Fall, daß der Schuldner "ernstlich und eindeutig" erklärt oder zu erkennen gibt, daß die Erfüllung von ihm nicht mehr zu erwarten ist, um hieran die repressive Sanktion der Vertragsauflösung anzuschließen. - Es kann aber dargestellt werden, daß diesem vermeintlich singulären Tatbestand eine allgemeinere und weiterreichende Kategorie der Leistungsstörungen, nämlich die "Gefährdung des Leistungsinteresses" seitens des Schuldners zugrunde liegt. Dies erlaubt nicht nur eine systemgerechte Erklärung der "Erfüllungsverweigerung" und gleich zu wertender Tatbestände der unzumutbaren Interessengefährdung (mit der Rechtsfolge der Vertragsstornierung) innerhalb des Rechts der Leistungsstörungen, sondern auch eine Verbindung und Abstimmung mit den Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes.

(2) Einem Rechtszwang in Richtung auf die Primärleistung im Vorbereitungsstadium scheint einerseits die Lehre von der Unklagbarkeit und Unerzwingbarkeit der Vorbereitungspflichten entgegenzustehen. Andererseits gibt es aber für den Gläubiger tatsächlich Möglichkeiten, der drohenden Rechtsverletzung, d.h. der Vereitelung des Leistungserfolges zu begegnen: Durch einstweilige Verfügung kann der Schuldner - auch schon vor Fälligkeit - zu bestimmten Handlungen und Unterlassungen genötigt werden, die ihn in den Vertragsrahmen zurückzwingen und die künftige Erfüllung (oder Zwangsvollstreckung) sicherstellen. Denselben Zweck einer Sicherung der späteren Erfüllung kann der Gläubiger (einer Geldforderung) erreichen, wenn ihm das materielle Recht einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gewährt oder wenn er - ohne eine solche

Regelung - die Sicherung durch dinglichen Arrest erwirkt.- Es gilt, diese (materiellrechtlichen und prozessualen) Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes in ihrem Verhältnis zu den Bedingungen des materiellen Rechts, d.h. dem System der Nebenpflichten wie der Lehre von den Leistungsstörungen (insbesondere der erwähnten Kategorie der "Interessengefährdung") zu verstehen. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Mitteln der Gläubiger auf den Verhaltens- und Dispositionsbereich des Schuldners vor Fälligkeit der Leistung Einfluß nehmen kann, interessiert vor allem, wie weit eine (vorbeugende) Klage - auf Unterlassung gefährdender Handlungen oder Vornahme notwendiger "Vorbereitungen" - im Vorfälligkeitsstadium gerechtfertigt ist, insbesondere ob auch zum Schutz von relativen Rechten eine generell mögliche vorbeugende Unterlassungsklage anerkannt werden kann.

Im zweiten Teil der Untersuchung sollen diese Formen der repressiven und präventiven Sanktionen, denen der Schuldner während der Leistungsvorbereitung ausgesetzt ist, durchgemustert werden. Dabei wird zunächst am Beispiel der "Erfüllungsverweigerung" der materiellrechtliche Tatbestand der Interessengefährdung vor Fälligkeit der Leistung entwickelt. Anschließend werden die im Prozeßrecht angelegten Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes untersucht und mit diesem materiellrechtlichen Befund konfrontiert. Dabei wird die These gewonnen und durchgeführt, daß es sich um einen allgemeinen Tatbestand der "Gefährdung des Leistungsinteresses" handelt, der den Gläubiger berechtigt, sowohl in repressiver Weise die primäre Leistungsbeziehung zum Erlöschen zu bringen als auch in präventivem Sinn einen Rechtszwang zur Sicherung und Durchführung der Primärverpflichtung einzuleiten.

II. Sonderfälle künftiger Leistungen.

Soweit im folgenden das Stadium der (negativen und positiven) Vorbereitung des Schuldners auf eine in einem späteren Zeitpunkt zu erbringende Leistung angesprochen wird, ist nicht nur an den Normalfall aufgeschobener Fälligkeit zu denken, wo durch ausdrückliche Vereinbarung oder nach den Umständen eine spätere "Zeit für die Leistung bestimmt ist" (§ 271 BGB). Es sind vielmehr auch eine Reihe besonderer Sachlagen in die Betrachtung einzubeziehen, bei denen sich das Problem der Leistungsvorbereitung und des vorbeugenden Rechtsschutzes hinsichtlich der künftigen Leistung in eigenartiger Weise stellt:

1. Es sind dies einmal die Fälle der auf Rückgabe überlassener

Gegenstände gerichteten Ansprüche: Ein Mieter, Pächter, Entleiher ist gehalten, das den Gegenstand des Vertrages bildende Objekt nach Ablauf der vereinbarten Zeit an den Gläubiger zurückzugeben. Diese Rückgabeschuld ist zwar keine Hauptverbindlichkeit, sie steht nicht im synallagmatischen Bezug (4). Der Rückgabeschuldner kann aber mit ihrer Erfüllung in Verzug geraten (5) oder sich die Erfüllung überhaupt (schuldhaft) unmöglich machen, indem er die Sache zerstört oder beschädigt (§§ 280, 275 BGB). Demgemäß unterliegt er während der Vertragsdauer bis zum Zeitpunkt der Rückgabefälligkeit der vertraglichen Bindung, auf diese Schuld Rücksicht zu nehmen, praktisch also vor allem sich während der Vertragsdauer schädigender oder zerstörender Eingriffe zu enthalten. In der Regel erscheinen auch schon solche Maßnahmen unzulässig und außerhalb seines Pflichtrahmens liegend, die die Gefahr für die Sache, d.h. für deren Erhaltung und Rückgabemöglichkeit, wesentlich erhöhen: "Vertragswidriger Gebrauch", Weitergabe der Sache an Dritte usw. Diese während der Vertragsdauer an den Schuldner gerichteten Gebote und Verbote zur pfleglichen Behandlung bzw. zur Unterlassung schädigender Einwirkungen stellen sich so gesehen als Bereich der "Vorbereitung" auf die Erfüllung der künftigen Rückverschaffungsschuld dar.

Dies wird auch in der Literatur gelegentlich so gesehen (6). Z e u n e r (7) bemerkt etwa, daß die Pflicht des Mieters, von der Sache keinen vertragswidrigen Gebrauch zu machen, auf die Erhaltung der Sache und damit auf die dem Mieter obliegende Rückgabepflicht bezogen sei. Auch E s s e r (8) betont, daß es sich bei der Sorgfalts- und Obhutspflicht des Mieters um eine "echte Schuldnerpflicht" handle, die nur rechtstechnisch nicht als "Leistungspflicht" einzuordnen sei und deren Verletzung daher unter die "Verlegenheitsrubrik" positive Vertragsverletzung gebracht werde. Dazu ist allerdings anzumerken, daß der Schuldner, wenn der vertragswidrige Gebrauch zur Zerstörung der Sache geführt hat, nach § 280 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der

---

4) Der Nutzungsüberlassung steht die Vergütungspflicht, nicht die Rückgabeverbindlichkeit gegenüber. Bei Leihe und unentgeltlicher Verwahrung besteht ohnehin kein gegenseitiger Vertrag.
5) §§ 284 ff. BGB; § 557 I2 BGB; vgl. z.B. Palandt-Gramm, § 557 Anm. 2b.
6) Vgl. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 175/76: "Auf Arbeitsleistung gerichtete klagbare Nebenansprüche auf Aufbewahrung und Bewachung der fremden Sache"; ebenso Planck-Siber, Kommentar zum BGB, Vorb. I 3b~aa.) zu §§ 275 ff. (Nicht nur "Vorbereitung der Rückgabe", sondern eine selbständige Pflicht.); vgl. auch Löwisch, AcP 165(1965), S.421,433.
7) Zeuner, Zur Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966,1,7.
8) LB (2.A.), § 118,3 (S.534).

Rückgabeverbindlichkeit haftet. Und auch die Rückgabe einer mangelhaften Sache müßte als (verschuldete) Teilunmöglichkeit im Sinne des § 280 BGB qualifiziert werden, da es hier nicht - wie bei Sachverschaffung (§§ 433 ff. BGB) - um eine "Gewährleistung" für Mangelfreiheit gehen kann. Es ist vielmehr unversehrte Rückgabe geschuldet. Die Verletzung unselbständiger Pflichten impliziert daher nicht notwendig den Tatbestand der positiven Vertragsverletzung.

Bei diesen Rückgabeschulden hat das Gesetz mehrfach Regelungen für den Fall getroffen, daß der Schuldner im "Vorfälligkeitsstadium" ein illoyales, die Erfüllung gefährdendes Verhalten an den Tag legt: Dem Gläubiger wird einmal das Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung bei "erheblicher Gefährdung der Sache durch Vernachlässigung der obliegenden Sorgfalt" eingeräumt (vgl. §§ 553, 1217 II BGB); daran können sich bei Verschulden auch Schadensersatzansprüche anschließen (§§325,326 BGB). Daneben hat der Gläubiger die Möglichkeit, mit der Unterlassungsklage gegen den Schuldner vorzugehen (§§ 550,581 BGB).

Auch der Verpfänder ist in der Lage, wenn der Pfandgläubiger seine "Verwahrungspflicht" bis zur Fälligkeit (§ 1215 BGB) verletzt, seinen künftigen Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache dadurch zu sichern, daß er die Hinterlegung oder gerichtliche Verwahrung der Sache verlangt (§ 1217 BGB).

Die Anerkennung der Unterlassungsklage wie auch - soweit kein besonderes Besitz- bzw. Nutzungsinteresse des Schuldners im Spiele ist - die Sicherung durch anderweitige Verwahrung bzw. Hinterlegung sind hier von besonderem Interesse, da sie die gesetzliche Wertung erkennen lassen, dem Gläubiger bei (erheblicher) Gefährdung seines Leistungsinteresses insbesondere dann prophylaktische Maßnahmen gegen den Schuldner zuzugestehen, wenn ihm an der Sicherung der Primärleistung besonders gelegen ist und dem Schuldner insoweit kein typischer (unternehmerischer) Dispositionsbereich eingeräumt werden sollte.

Rückgabeschulden können auch in Fällen von Werkverträgen bestehen, wenn dem Werkunternehmer Materialien oder gar das Werkobjekt (z.B. bei Reparaturen) für die Dauer der Ausführung der Werkleistung überlassen werden und mit der Vollendung des Werkes wieder zurückzuübertragen sind. Auch hier kann u.U. das Bedürfnis nach vorbeugenden Eingriffen entstehen, wenn der Schuldner die künftige Leistung dadurch gefährdet, daß er ersichtlich zweckwidrig mit den überlassenen Gegenständen verfährt, z.B. den zur Reparatur gebrachten LKW zu Transporten verwendet.

Ähnliche Situationen können hinsichtlich der aufschiebend bedingten Rückgabepflichten eines Sicherungsnehmers oder eines

Vorbehaltskäufers entstehen. Im ersten Fall kommt beispielsweise eine Sequestration (im Wege der einstweiligen Verfügung) in Frage (9), falls der Sicherungsnehmer das Sicherungsobjekt und seinen Wert durch übermäßige Benutzung gefährdet. (Dies entspricht sachlich der Regelung des § 1217 BGB). Im Falle des Eigentumsvorbehalts ist es in der Literatur streitig, ob dem Vorbehaltsverkäufer ein (rücktrittsunabhängiges) Recht zur Rücknahme der Kaufsache zusteht, wenn der Käufer die Sache unsachgemäß behandelt (10), oder ob der Verkäufer zur Sicherung seines potentiellen Rückgewähranspruchs auf eine Unterlassungsklage zur Unterbindung gefährdender, pflichtwidriger Maßnahmen des Schuldners (analog § 550 BGB) verwiesen ist (11). Der Verlust des vollen Besitzrechts erscheint hier tatsächlich mehr, als zur Sicherung des potentiellen Rückgewähranspruchs erforderlich ist, sofern eine Unterlassungsklage und eine Vollstreckung durchführbar sind.

Das Eigenartige der hier betrachteten Rückgabeschulden ist, daß dem Schuldner (Vermieter, Verwahrer usw.) vom Gläubiger einseitig ein Vermögenswert überlassen wurde: Das Entgelt entspricht ggf der Abnutzungsmöglichkeit durch den Schuldner; bezüglich der Substanz hat der Gläubiger dem Schuldner einen einseitigen (Vertrauens-)kredit eingeräumt. Hinsichtlich des künftigen Rückgabeanspruchs wird damit eine Identität des sog. "Integritätsinteresses" mit dem "Leistungsinteresse" des Gläubigers begründet: Die Verpflichtung des Schuldners, während der Vertragsdauer auf die Erhaltung der Sache Rücksicht zu nehmen, kann sowohl im Sinne einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des Vertragspartners (Integritätsinteresse) begriffen werden, als auch im Sinne einer Pflicht zur Vorbereitung und Rücksicht auf die künftige einseitige Leistungsverpflichtung zur unversehrten Rückgabe der Sache. In solchen Fällen der Identität des Integritäts- und des Leistungsinteresses des Gläubigers liegt das Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtszwang gegen den Schuldner schon vor Fälligkeit der Rückgabeschuld besonders deswegen auf der Hand, weil wegen der vielfach individuellen, "unvertretbaren" Natur des Leistungsobjekts es von vornherein unbillig erschiene, den Gläubiger auf einen künftigen Schadensersatzanspruch bei Nichterfüllung der Rückgabeverpflichtung zu verweisen, so daß eine rechtzeitige Sicherung der spezifischen Erfüllung besonders

9) Vgl. OLG Frankfurt, NJW 60,827.
10) BGH 34,191; Larenz, LB II, § 39 IIb, 36 Ia; Lange, JuS 63,59; Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf (1963), S. 113.
11) So J. Blomeyer, JZ 68,691,694.

angezeigt erscheint. - An dieser Fallgruppe lassen sich wegen der besonderen Affinität des vertraglichen Integritätsinteresses zum allgemeinen Güterschutz auch wesentliche Hinweise auf die Anwendung der im außervertraglichen Bereich bei absoluten Rechten entwickelten Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes auf den vertraglichen Bereich, d.h. den vorbeugenden Rechtsschutz bei relativen Rechten, gewinnen (12).

2. Als "künftige Leistungen" in einem weiteren Sinne können schließlich auch jene Fälle mitberücksichtigt werden und aufschlußreich sein, in denen die spätere "Erfüllung" auf Grund einer bereits jetzt rechtlich vollzogenen, aber erst aufschiebend wirksamen Verfügung erfolgen wird, vom "Schuldner" also zwar keine aktiven Leistungshandlungen mehr erwartet werden, dieser aber für die Zwischenzeit gleichwohl Einschränkungen seiner Einwirkungsmöglichkeit auf das "Leistungsobjekt" unterliegen soll. Als ein besonderer Fall dieser Art sei auf die Erbeinsetzung durch Erbvertrag verwiesen:

Der Vertragserbe ist zwar dagegen gesichert, daß der Erblasser nicht durch gegenläufige Verfügungen von Todes wegen seine Aussicht auf den künftigen Vermögenszuwachs vernichtet. Nach der gesetzlichen Konzeption ist der Erblasser aber grundsätzlich nicht in seiner Verfügungsmacht unter Lebenden (abgesehen von den §§ 2287 ff. BGB) beschränkt und hat auch keinen Erhaltungs- oder Unterlassungspflichten bezüglich der Erbschaftsgegenstände zu genügen; der Erbvertrag als solcher schafft keine schuldrechtliche Bindung. Die erwünschte Sicherung des Vertragserben bis zum Eintritt des Erbfalles vor allem gegen anderweitige Verfügungen des Erblassers wurde von der Rechtsprechung vor allem unter dem Gesichtspunkt der "Aushöhlungsnichtigkeit" (13) erstrebt - was aber vielfach wegen der strengen Voraussetzungen als noch zu gering empfunden wurde, vor allem dann, wenn - was häufig der Fall ist - der Erblasser selbst im Rahmen der erbvertraglichen Regelungen einen Vorteil zu Lasten des Vertragserben erstrebt oder erzielt (14), z.B. Zusicherung von Wohnung und Verpflegung und dergl. Abhilfe kann hier die Annahme einer schuldrechtlichen

---

12) Vgl. dazu unten 7. Kapitel, II.- Zu der neuerdings immer klarer erfaßten Scheidung des "Schutzverhältnisses" (Integritätsinteresse) vom "Leistungsverhältnis" im Schuldverhältnis vgl. insbesondere Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932),257 ff.; Canaris, JZ 65,475; Eike Schmidt, Nachwort zum Neudruck Jhering und Staub (1969); Thiele, JZ 67,649 ff.

13) Vgl. zusammenfassend Heinr. Lange, NJW 63,1571 ff.

14) Vgl. zu diesem Gesichtspunkt im Hinblick auf die Annahme einer vertraglichen Bindung BGHZ 31,13(19) mit Rez. Bund, JuS 68,268.

Absprache neben dem Erbvertrag schaffen (15), sei es, daß sich der Erblasser durch Veräußerungsvertrag verpflichtet, den erbvertraglich vermachten Gegenstand (Vermächtnisgegenstand) zu übereignen - wobei die Fälligkeit bis zum Tode des Erblassers aufgeschoben wäre (16), sei es, daß er sich nur negativ verpflichtet, über einen bestimmten Vermögensgegenstand oder die Kernstücke seines Vermögens nicht zu verfügen (17). Eine solche - positive oder auch nur negative - vertragliche Bindung (die allerdings keine dingliche Wirkung entfalten kann, § 137 BGB) würde dem Vertragserben bzw. -vermächtnisnehmer die Grundlage und Möglichkeit geben, ggf. durch (Unterlassungs-)Klage (18) oder sonstige Sicherungsmaßnahmen auf den "Schuldner" einzuwirken, um die "Erfüllung" seines Interesses bei Eintritt des Erbfalles zu gewährleisten (19). Sowohl die Annahme einer solchen vertraglichen Bindung wie die Beurteilung der Gefährdung muß natürlich in besonderem Maße die grundsätzlich postulierte Handlungs- und Entschließungsfreiheit des Erblassers zu Lebzeiten berücksichtigen, die im Normalfall der erbvertraglichen Regelung die Dispositionsfreiheit des Erblassers zu Lebzeiten erst an der Grenze der Sittenwidrigkeit enden läßt. Soweit eine vertragliche Bindung aber anzunehmen ist, hat sie dieselbe Struktur, wie in den gewöhnlichen Fällen einer "künftig fälligen Leistung", auch wenn der eigentliche positive Verschaffungsakt sich "automatisch" ohne weiteres Dazutun des "Schuldners" vollziehen wird.

III. Vorbereitung der Leistung vor Begründung der Leistungsverbindlichkeit?

1. Vorbereitung der Leistung im hier erörterten Sinn kann nur ein solches Verhalten sein, das der Schuldner nach Entstehung der Schuldverbindlichkeit im Hinblick auf den Leistungserfolg entfaltet oder entfalten sollte. Allerdings wird gelegentlich formuliert, den Schuldner treffe bereits im vorvertraglichen Bereich eine Pflicht, sich nicht über seine Fähigkeiten hinaus zu verpflichten bzw. sich vor Eingehung einer Verbindlichkeit über seine Leistungsmöglichkeit zu vergewissern, ein Verstoß gegen diese Pflicht stehe der pflichtwidrig unterlassenen Rücksichtnahme auf die Leistungspflicht gleich (20).

---

15) Ihre grundsätzliche Zulässigkeit ist unbestr., vgl. Erman-Hense, § 2286 Anm.2; Kipp-Coing, § 38 IV4; Heinr. Lange, Erbrecht, § 37 II2; ders., aaO (N.13).
16) Vgl. BGH DNotZ 57,548.
17) BGH NJW 63,1602; BGH 31,13(18).
18) Zum Rechtsschutz durch Feststellungsklage oder Vormerkung vgl. Thieme, JR 56,292.
19) Vgl. insgesamt zur Sicherung des erbvertraglich Bedachten: Heinr. Lange, aaO (N.13).
20) Z.B. Löwisch, aaO (N.6), S.434.

Ob im Rahmen des damit angesprochenen Problemkreises des sog. "Übernahmeverschuldens" überhaupt von einer vorvertraglichen "Pflicht" und von Pflichtwidrigkeit die Rede sein kann, ist sehr fraglich, braucht hier aber nicht vertieft zu werden.

Nur wenn man von einem praesumptiven Vertragspartner nicht mehr verlangt, als daß er sich mit normaler, "verkehrsüblicher" Sorgfalt darüber unterrichtet, ob seine Fähigkeiten und Möglichkeiten überhaupt die Übernahme der Verbindlichkeit zulassen, ist es sinnvoll, ihm "pflichtwidriges Verhalten" gegenüber dem Vertragspartner (im Sinne eines "Übernahmeunrechts") zu bescheinigen (21), wenn er bewußt oder aus Nachlässigkeit die Grenzen seiner Fähigkeiten verkennt und überschreitet.

Die h.M. (22) läßt den Schuldner für ein schon von vornherein bestehendes Manko seiner Leistungsfähigkeit aber unbedingt einstehen und redet dabei von einer Garantiehaftung oder Garantieübernahme, ohne Rücksicht darauf, ob dem Schuldner die unüberwindlichen (persönlichen) Schwierigkeiten erkennbar waren oder nicht. Dabei ist nicht etwa nur das in dem objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab liegende Garantieelement gemeint, das auf eine standardisierte "Erkennbarkeit" abhebt und auch jenen Rechtsgenossen ohne diese Normalfähigkeiten auf die eingegangene Verbindlichkeit festlegt (23). Es soll vielmehr auf eine Erkennbarkeit der Leistungsschwierigkeit gar nicht ankommen (24). Es erscheint dies als eine Art institutionelles Risiko, das jeder Rechtsgenosse zu tragen hat, der - solange er überhaupt geschäftsfähig ist - die privatautonome Gestaltungsmöglichkeit eines freiwilligen Vertragsschlusses in Anspruch nimmt.

Damit kann im vorvertraglichen Bereich sinnvollerweise nicht von einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die spätere Leistungsverbindlichkeit gesprochen werden. Erst ab Begründung der Verbindlichkeit beginnt die Herrschaft der Vertragserwartungen des Gläubigers, die in der Regel (anders bei Garantieschulden) den Schuldner nur zu "obligationsmäßigem", d.h. verkehrs- und vertragsüblichem Bemühen und Aufwand bei der Herstellung des Leistungserfolges und bei der Überwindung nachträglich auftauchender Hindernisse und Schwierigkeiten nötigt. Soweit solche schon anfänglich bestehen, handelt es sich um ein allgemeines noch nicht auf den individuellen Partner und Vertrag bezogenes Risiko des Rechtsgenossen, für welches er quasi der Rechtsgemeinschaft als solcher, die die (persönliche) Leistungsfähigkeit

---

21) Vgl. Löwisch, aaO, sowie die Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242 B RN 233.
22) Z.B. Soergel-Siebert-Schmidt, § 276 Anm.16, sowie Nachweise bei Staudinger-Weber, aaO, RN 236,237.
23) Vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, aaO, wo ganz ungeschickt von "Gefährdungshaftung" geredet wird.
24) Staudinger-Weber, aaO, RN 234.

eines Rechtssubjekts bei Eingehung einer Verbindlichkeit voraussetzt, einzustehen hat.

Eine selbständige Sanktion gegen den Schuldner im vorvertraglichen Bereich wegen versäumter Vergewisserung über seine Leistungsmöglichkeiten ist nicht denkbar. Es können nur die späteren Rechtsfolgen der "Leistungsstörungen" eintreten, vorbeugender Rechtsschutz ist sachbedingt ausgeschlossen.

2. Von dem auf die Erfüllung der Verbindlichkeit bezogenen "Vorbereitungsverhalten" des Schuldners kann noch ein weiterer Bereich abgegrenzt werden: Jene Handlungen, die für die endgültige rechtliche Entstehung der Verbindlichkeit, für die Komplettierung des Vertrages notwendig sind und vom Vertragspartner erwartet werden, wenn z.B. für das Zustandekommen oder die Fortsetzung eines Vertrages eine behördliche Genehmigung erforderlich ist und vom "Schuldner" noch erwirkt werden muß.

Der Verkäufer eines Grundstücks hintertreibt die notwendige amtliche Genehmigung für den Vertrag oder ein Importeur unterläßt es, für einen abgeschlossenen Vertrag die erforderliche Devisengenehmigung zu verschaffen oder ein Kaufmann unterläßt es, eine nachträglich eingeführte Sondergenehmigung für einen Verkauf einzuholen (25).

Ob man in diesen Fällen eine Pflicht des Schuldners zur Beibringung jener Wirksamkeitserfordernisse aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis begründen oder unbefangener aus dem "allgemeinen Begriff des Vertrages und der Gebundenheit der Parteien an das Vereinbarte in Verbindung mit § 242 BGB" (so das Reichsgericht in RGZ 129,357,376) ableiten will, kann hier unentschieden bleiben. Es kann zwar auch hier im weiteren Sinne von einer notwendigen "Vorbereitung der Erfüllung" gesprochen werden oder umgekehrt im Falle der Versäumung der erwarteten Handlung von einer "Vereitelung des Leistungserfolges" (26). Diese Pflicht hat aber gegenüber jenen Verhaltensanforderungen,

---

25) RGZ 129,357; OLG Stuttgart BB 52,815; RGZ 98,260; ähnliche Fälle bei Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung (1965), S. 71.

26) So die Typisierung bei Köpcke, aaO, II B 1α, S. 71 u. 118. K. spricht von "Vorbereitungshandlungen" als einer Voraussetzung der eigenen Hauptleistung (aaO, FN 12).

die an den Schuldner nach Entstehung der Leistungsverbindlichkeit gerichtet werden, ersichtlich einen eigenständigen Charakter. Dementsprechend werden jene Pflichten auf Mitwirkung zur Begründung der Verbindlichkeit auch unbefangener als selbständig erzwingbare "Nebenleistungspflichten" apostrophiert (27), während die Vorbereitung im Verhältnis zur eigentlichen Leistung im Erfüllungszeitraum als typisch "unselbständiger, unerzwingbarer Pflichtenbereich" betrachtet wird (28). Während dort der Leistungszwang auf die erwartete Beibringungshandlung in Form einer Leistungsklage ohne weiteres Platz greifen kann, wenn der Schuldner die Mitwirkung bei der Beschaffung der Genehmigung usw. verweigert (29), bedarf es hier weitergehender Begründung, um einen Eingriff des Gläubigers in den Dispositionsbereich des Schuldners zu rechtfertigen.

---

27) Vgl. Soergel-Siebert-Kopp, § 242 RN 149,110; Köpcke, aaO, S.118.
28) Vgl. vorläufig statt vieler Soergel-Siebert-Kopp, § 242 RN 109 (Ziff. 4a).
29) Vgl. z.B. auch BGH BB 63,793 (Klage auf Neuabschluß eines genehmigungsfähigen Vertrages); weiter Köpcke und Soergel-Siebert-Kopp, aaO (FN.27).

Erster Teil: Leistungspflicht und Vorbereitungspflicht in der allgemeinen Schuldrechtsdogmatik.

2. Kapitel: Das sog. Gebot im eigenen Interesse zur Erhaltung der Leistungsmöglichkeit und -bereitschaft

Es wird - wie schon erwähnt (1) - vielfach die Meinung vertreten, daß der Schuldner, soweit von ihm im Rahmen einer Sonderverbindung die Erhaltung seiner Leistungsbereitschaft und -möglichkeit, die Sicherung seines eigenen Rechtskreises erwartet wird, nicht einer Pflicht gegenüber dem Gläubiger unterliege, sondern daß hier nur ein "Gebot im eigenen Interesse" des Schuldners bestehe. Daraus scheint ohne weiteres zu folgen, daß es sich hierbei um einen völlig autonomen Dispositionsbereich des Schuldners handelt, daß also ein "Verstoß" gegen derartige Gebote keine Sanktionen gegen den Schuldner, keinesfalls jedoch einen unmittelbaren Rechtszwang erlaubt. Im Folgenden wird untersucht, ob es praktisch möglich und dogmatisch sinnvoll ist, innerhalb des gesamten auf die künftige Erfüllung bezogenen Verhaltens des Schuldners nach der Schuldbegründung einen solchen Bereich auszugrenzen, der als nicht unter dem Pflichtgebot der Schuldverbindlichkeit stehend betrachtet werden kann.

Innerhalb der in Kommentaren und Lehrbüchern aufgestellten Kataloge von Nebenpflichten ist die "Erhaltungspflicht des Schuldners" (2) eine denkbar schillernde Erscheinung: Gemeint ist hier teils die Erhaltung von Rechtsgütern des Vertragspartners, teils von solchen des eigenen Rechtskreises in dem Sinne, den Vertragsgegenstand und den eigenen Rechtskreis vertragstauglich und gefahrlos zu erhalten (3). Diese Unterscheidung ist aber nicht sehr ergiebig und kaum klar durchzuführen:

Zur Erhaltung gegenüber Person und Vermögen des Vertragspartners rechnen so unterschiedliche Erscheinungen wie die Erhaltung der

---

1) Vgl. oben 1. Kap. I (3).

2) Vgl. z.B. Planck-Siber, Vorb. I 3b zu §§ 275 ff. BGB; Stoll, AcP 136,257,263. Der Begriff wird häufig synonym oder in Überschneidung mit denen der "Obhutspflicht" (z.B. Esser, LB (1.A.), S.42) oder der "Vorbereitungspflicht" (z.B. Siber, aaO) verwendet. Fikentscher, LB § 8,3, S. 34, wiederum nennt die Pflicht zur Erhaltung der verkauften Sache eine "Schutzpflicht". Sehr undeutliche Terminologie auch bei Staudinger-Weber, § 242 A RN 775,792,793.

3) Im ersten Sinn etwa Fritz, Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts, S.12; im zweiten z.B. Siber, Grundriß, S.101.

Mietsache durch den Mieter während der Vertragsdauer (4) oder der Wohnungseinrichtung des Bestellers bei Ausführung eines Werkvertrages durch den Unternehmer in der fremden Wohnung (5), wie überhaupt die Erhaltung von Gesundheit und Sicherheit der Person des Gläubigers (z.B. eines Fahrgastes) (6), also Fälle, die gegenwärtig überwiegend als solche von "Schutzpflichten" bezeichnet und behandelt werden (7).

Auch soweit von einer Pflicht (Gebot) zur Erhaltung des eigenen Rechtskreises die Rede ist, ist Unterschiedliches gemeint: Einmal die Erhaltung des Leistungsgegenstandes bis zur Erfüllung (8), dann die Erhaltung der eigenen Geräte, Maschinen und Räume für die Leistungsbereitschaft, um die rechtzeitige und korrekte Erfüllung zu gewährleisten (9), schließlich überhaupt die Erhaltung der persönlichen Leistungsfähigkeit (Arbeitskraft und Gesundheit), und zwar sowohl im Hinblick auf die Erbringung der "eigentlichen Leistung" (10) als auch wiederum zum Zwecke des Schutzes des Vertragspartners (z.B. Schutz vor Ansteckung, vor Verletzung des Fahrgastes durch einen fahruntauglichen Fahrer). Auch hier findet sich also wieder die Überschneidung der Bezugspunkte: Einmal die "Leistung" als solche, dann der weiterreichende "Schutz" des Gläubigers.

Versucht man aus diesem Bereich das auf die "eigentliche" (gegenständliche) Leistung bezogene Verhalten des Schuldners, soweit es der Erhaltung der Leistungsmöglichkeit dient, herauszugreifen, so ist eine bemerkenswerte dogmatische Differenzierung anzutreffen, je nachdem, ob es sich um die Erhaltung des Leistungsgegenstandes bei Lieferungs- oder Rückgabeschulden und dgl. einerseits oder um die Erhaltung der persönlichen Leistungsfähigkeit bei Dienst- oder Arbeitsleistungen andererseits handelt.

I. Die sog. Umkehrung oder "negative Seite" der Leistungspflicht.

Im ersteren Zusammenhang wird vielfach formuliert, jede Ver-

---

4) Vgl. z.B. Lehmann, Die Unterlassungspflicht (1906), S.90 (i.S. einer Vorbereitung der ordnungsgemäßen Rückgabe).
5) Stoll, aaO (N.2); Fritz, aaO (N.3), S.12.
6) Vgl. einerseits Planck-Siber, aaO (N.2) ("selbständige Erhaltungspflicht"), andererseits Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Festgabe für Paul Krüger (1911), S.265,273 f. ("sekundäre Obhutspflicht"); Weilbauer, Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben (1922), S.7 ("unselbständige Diligenzpflicht").
7) Vgl. Köpcke, aaO (1.Kap. N.25), S.79.
8) Z.B. Staudinger-Weber, § 242 A RN 792.
9) Staudinger-Weber, aaO, RN 793, während Esser, LB (2.A.) § 57, S.212, hier das Bestehen einer entsprechenden Pflicht bestreitet.
10) Hier bestehen besonders ausgeprägte Hemmungen, von einer "Pflicht" zu sprechen, vgl. u. II; Larenz, LB II, § 48 IIb, S.206; anders sehr deutlich Löwisch, AcP 165 (1965),421,446.

pflichtung zu einem positiven Tun trage die selbstverständliche Pflicht in sich, alles damit Unvereinbare zu unterlassen, oder: in dem Befehl zu einer bestimmten Tätigkeit (Unterlassung) zur Erreichung eines bestimmten Zwecks sei notwendig mitenthalten, das Verbot jeder anderen die Erreichung des Obligationszwecks vereitelnden oder gefährdenden Tätigkeit (11). So bedinge der Verkauf einer bestimmten Sache notwendig das Unterlassen der Zerstörung oder der anderweitigen Veräußerung, die Verdingung zu einer Dienstleistung notwendig die Unterlassung einer anderweitigen Tätigkeit während der Vertragsdauer usf. Es wird bemerkt, diese Pflicht zur Unterlassung der Zuwiderhandlung gegen den Zweck des Leistungsgebots sei nichts anderes, "als der nach der negativen Seite hin ausgedachte Inhalt des Leistungsgebots" (12), die Kehrseite der Leistungspflicht.
Die Meinungen über die dogmatische Bedeutung dieser so umschriebenen "Nebenpflicht" gehen auseinander:

(a) L e h m a n n (13) sah in der "Verpflichtung zur Unterlassung der Vereitelung des Leistungszwecks und zur Erhaltung der Leistungsmöglichkeit" eine "sekundäre Pflicht eigenartigen Inhalts, die von der eigentlichen Leistungsverbindlichkeit durchaus verschieden ist, die aber keine selbständige Verbindlichkeit darstelle, sondern nur eine Inhaltserweiterung des positiven Leistungsbefehls über seinen unmittelbaren Sinn hinaus". In der Anerkennung des Pflichtcharakters dieser "Diligenzpflicht" als einer materialen Verpflichtung zur Aufwendung des nach Treu und Glauben im Verkehr erforderlichen Maßes an Sorgfalt bei der Erfüllung sowie zur Unterlassung vorsätzlicher oder fahrlässiger Zuwiderhandlungen gegen den Schuldzweck, sieht L e h m a n n die entscheidende Voraussetzung, um überhaupt von einer Leistungspflicht reden zu können: Diese könne nicht dahin gehen, den Erfolg schlechthin zu bewirken; sie verlange - da Pflicht Willensbestimmtheit sei - nur ein bestimmtes Maß an Geistes- und Willensanspannung in Richtung auf den Erfolg; auf dieses Verhalten des Schuldners richte sich die Obligation in erster Linie (14).

In der neueren Literatur hat sich überwiegend die von L e h m a n n eingeführte Terminologie der "unselbständigen, sekundären Nebenpflicht" durchgesetzt für jenes Schuldnerverhalten, das positiv auf die "Vorbereitung der eigentlichen Leistung" bzw. negativ auf die "Unterlassung vertragswidrigen Verhaltens" bezogen ist (15).

---

11) So vor allem - im Anschluß an Formulierungen des Reichsgerichts in RGZ 72,393 - die Kommentarliteratur, vgl. z.B. Palandt-Danckelmann, § 241 Anm.4; Soergel-Siebert-Kopp, § 242 RN 109; vgl. auch Fikentscher, LB § 8,2, S.34.
12) Lehmann, aaO (N.4), S.167.
13) AaO, S.167 ff., insbes. S.168. 14) S.176.
15) Zitelmann, aaO (N.6), S.272; Planck-Siber, Vorb. III B 1, S.21); Enneccerus-Lehmann, LB § 3 I1; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, § 2 III1, V2a; Soergel-Siebert-Kopp, § 242 Anm.109; Larenz, LB I, § 2 I und Fikentscher, LB § 8,3 bevorzugen die neutralere Formulierung "allgemeine Verhaltenspflicht".

Allerdings bleibt das Verhältnis, in dem diese Nebenpflicht zur eigentlichen bzw. Hauptleistung gesehen wird, vielfach undeutlich. L a r e n z beispielsweise erfaßt diesen Verhaltensbereich einmal mit der Kategorie der Nebenpflicht im Rahmen einer Sammlung verschiedenartiger "weiterer Verhaltenspflichten" (wie Vorbereitungs-, Aufklärungs-, sachlicher Obhuts- und persönlicher Schutzpflichten) (16); auf der anderen Seite wird dieses Verhalten gesehen als ein Teil der Leistungspflicht als solcher (17). - Gelegentlich werden diese sekundären Nebenpflichten - weitergehend als L e h m a n n und die überwiegende Meinung - auch generell für einklagbar gehalten (18).

Eine dogmatische Gegenposition hat schon früh S i b e r bezogen (19): Er bekämpft die Anerkennung einer selbständig faßbaren "Diligenzpflicht" im Schuldverhältnis. Eine Pflicht zur Unterlassung von (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Handlungen, die die Erfüllung vereiteln, sei nur ein tautologischer Ausdruck der Hauptpflicht ohne selbständigen Inhalt und Aussagewert. Bei einem betagten oder aufschiebend bedingten Anspruch auf Leistung einer Sache bestehe kein solcher auf Unterlassung anderweitiger Veräußerung; die Veräußerung könne weder durch Klage noch durch Eigenmacht gehindert werden, eine entsprechende einstweilige Verfügung setze nicht einen gegenwärtigen Anspruch auf Unterlassung durch, sondern sichere nur den künftigen Anspruch (20). Im übrigen bedeute die Einbeziehung der Diligenzpflicht in das Leistungsgebot eine Reduzierung der Leistungspflicht auf die Pflicht zur Unterlassung schuldhafter Vereitelung und zum sorgfältigen Bemühen um die Erfüllung, also auf einen sorgfältigen Erfüllungsversuch. In Wahrheit gehe die Leistungspflicht des Schuldners aber darüber hinaus; dem Recht komme es nicht auf ein sorgfältiges - positives oder negatives - Bemühen des Schuldners an, dieser schulde vielmehr die Leistung im Sinne der Herstellung eines Erfolges, d.h. eines "Bekommensollens" des Gläubigers (21). Die Vereitelung der Erfüllung durch Außerachtlassen der "Diligenz", durch unsorgfältiges Zuwiderhandeln gegen das Soll der Obligation erscheint demnach nicht als Verstoß gegen eine (wie auch immer zu qualifizierende oder zu nennende Schuldner-)Pflicht, sondern als bloße Rechtsbedingung für den Eintritt der auf Schadensersatz gerichteten sekundären Leistungspflicht (22). - Auch S i b e r hat Nachfolger gefunden bei der Ablehnung des Pflichtcharakters

---

16) Mit der Folge der Einbeziehung in generelle Aussagen über diese "Nebenpflichten"; vgl. die widersprüchlichen Bemerkungen über die Klagbarkeit aaO, S.7 u. 8.

17) AaO, S.6 FN 3: "Jede Leistungspflicht ist gleichzeitig Verhaltenspflicht". - Ähnlich bereits Esser, LB (1.A.) § 45 (S.42): "Nebenpflichten bilden einen Teil der korrekten Erfüllung der Hauptpflicht, des geschuldeten Verhaltens"; vgl. weiter Soergel-Siebert-Kopp, § 242 RN 112 (derartige Pflichten bilden einen unmittelbaren Bestandteil der Hauptpflicht); Fikentscher, LB, § 8,4.

18) Z.B. Palandt-Danckelmann, § 241 Anm.4; vgl. schon Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (1928) I S.20,21; RGZ 67,3; Götz, JuS 61,56.

19) Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, insbes. S.171 ff.

20) S.87.

21) Dementsprechend werde der Schuldner auch zur Herstellung des geschuldeten Erfolges schlechthin verurteilt, nicht nur zu einem loyalen Erfüllungsversuch und -verhalten. Vgl. auch Siber, JhJb 50,58,178 ff.

22) AaO (N.19), S.172-176.

der "Umkehrung der Leistungspflicht" (23).

(b) Das Reichsgericht hat zu dieser Kontroverse unterschiedlich Stellung bezogen: Im 67. Band (24) hat es entschieden, der Erfüllungsanspruch eines Prinzipals gegen seinen Handlungsgehilfen beschränke sich nicht auf das Verlangen, daß dieser seine Vertragspflichten positiv, durch Leistung der versprochenen Dienste, erfülle, sondern er umfasse auch negativ die Forderung auf Unterlassung jedes Verhaltens, das diesen Pflichten zuwiderläuft, mithin die Unterlassung einer geschäftlichen Tätigkeit bei einer anderen Firma während der Vertragsdauer (also bis zum Ablauf der Kündigungszeit). Auf ein dieser Erfüllungspflicht entsprechendes Unterlassen könne der Prinzipal folglich Klage erheben. - Im 72. Band (25) wird konzediert, daß zwar jede Verpflichtung zu einem positiven Tun die selbstverständliche Verbindlichkeit in sich trage, alles mit diesem positiven Tun Unvereinbare zu unterlassen. Diese negative Seite der Verpflichtung zum positiven Tun sei aber nicht Inhalt der Leistung im Sinne des § 241 BGB. Es sei daher gleichgültig, ob man jene Verbindlichkeit als unselbständige bzw. sekundäre Vertragspflicht auffasse oder ob man überhaupt leugne, daß eine rechtlich faßbare Verbindlichkeit vorliege; jedenfalls kenne das Recht bei einer auf ein Tun gerichteten Schuldverbindlichkeit keinen klagbaren (und nach § 890 ZPO vollstreckbaren) Anspruch auf ein Unterlassen des mit der Verpflichtung zum Tun Unvereinbaren (26).-
Zum Problem der Unterlassungsklage des Geschäftsherrn gegen den Arbeitnehmer bei anderweitiger Tätigkeit ist dies bis heute der Standpunkt der überwiegenden Meinung und Rechtsprechung geblieben (27).

Es zeigt sich, daß es nicht nur eine begriffliche Frage ist, ob es zulässig ist, von einer (Neben-)Pflicht des Schuldners zur sorgfältigen Vorbereitung des Leistungserfolges bzw. zur Unterlassung von leistungshindernden Maßnahmen zu reden. - Es ist schon problematisch, ob es korrekt ist, bei einem Verstoß gegen solche Nebenpflichten - wie es vielfach geschieht - von "positiver Vertragsverletzung" zu reden (28). - Insbesondere ist aber durch eine begriffliche Deduktion in der einen oder anderen Richtung für die Frage eines Rechtszwangs (Klagbarkeit) im Bereich der

---

23) Z.B. Leonhard, Schuldrecht I, S.48 ff.; auch Wolf, AcP 153,97,112 u. Köpcke, aaO (1.Kap. FN 27), S.67 wenden sich dagegen, die "Sorgfaltspflicht" systematisch als eine Nebenpflicht zu behandeln.
24) RG 20. Sept. 1907, Bd. 67,3.
25) RG 24. Jan. 1910, Bd. 72,393.
26) Offen bleibt allerdings - ohne daß dafür nähere Kriterien genannt werden -, ob in tatsächlich anders gelagerten Fällen aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung ein entsprechender Unterlassungsanspruch bestehen könne.
27) Vgl. z.B. Kohler, LB des bürgerl. Rechts II § 15; Nikisch, Anm. zu AP Nr.4 zu § 611 BGB (Anspruch auf Arbeitsleistung); Esser, LB (3.A.) II, § 77 II2, S.151; Wenzel, JZ 62,590 m. w. Nachw.
28) Vgl. BGHZ 29,76; Palandt-Danckelmann § 241 Anm.4.

"Umkehrung" der Leistung nicht viel gewonnen: Sowohl jenes zitierte erste Urteil des Reichsgerichts wie allgemein die Existenz von einstweiligen Verfügungen in diesem Bereich zeigen, daß berechtigte und von der Rechtsordnung respektierte Interessen bestehen können, dem Gläubiger eine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit auf die "negative Seite" der Leistung seitens des Schuldners einzuräumen. Die materialen Kriterien hierfür sind mit der Bejahung oder Verneinung des Pflichtbegriffes für die in den Schuldner gesetzten Verhaltenserwartungen noch nicht herausgearbeitet.

II. Pflicht zur Erhaltung der persönlichen Leistungsfähigkeit?

Soweit es sich um die Erhaltung der Leistungsmöglichkeit durch Erhaltung der eigenen Gerätschaften oder der persönlichen Leistungsfähigkeit handelt, begegnet man - im Vergleich zu dem soeben Angesprochenen - einer bemerkenswerten Verschiebung der dogmatischen Aussagen: Schon für die Bereithaltung der Werkzeuge, Geräte und Anlagen des Dienstverpflichteten bzw. Werkunternehmers wird vielfach kategorisch abgelehnt, von einer dahingehenden Pflicht - auch im Sinne einer unselbständigen - zu sprechen (29), und zwar nicht aus den oben erwähnten Gründen, dies sei in der Leistungspflicht enthalten bzw. ein tautologischer Ausdruck derselben, sondern vielmehr mit dem Hinweis, hier handele es sich um den rein internen Bereich des Schuldners. Dies gilt noch ausgeprägter hinsichtlich der Erhaltung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners (30). Hier sieht man sich vielfach veranlaßt, statt von einer Schuldnerpflicht zur Erhaltung der eigenen Leistungsfähigkeit von einem "Gebot des eigenen Interesses" (31), von einer Obliegenheit (32) oder - im Falle der Verletzung - unspezifisch von einem "Verschulden gegen sich selbst" (33) zu sprechen, das nicht auf eine Vertragspflicht dem

29) Z.B. Esser, LB (2.A.) § 57,10.
30) Vgl. Larenz, LB II, § 48 IIb: Den Dienstverpflichteten treffe nicht etwa eine Verpflichtung, in seinem Privatleben ängstlich einen Unfall zu vermeiden; ähnlich Soergel-Siebert-Wlotzke/Volze, § 616 RN 16.
31) Esser aaO; vgl. weiter unten bei N.41 ff.
32) Z.B. Löwisch, AcP 165, S.447.
33) Larenz aaO, sowie unten N.43 ff.

Gläubiger gegenüber bezogen sei. Offenbar spielt die Überlegung herein, daß es sich hier um die persönliche Sphäre, die "Privatsphäre" des Schuldners handle, an der jede "Pflicht" gegenüber dem Gläubiger ihre Grenze finde (34). Andere haben allerdings keine Bedenken, auch insoweit von einer Vertragspflicht des Schuldners zur Erhaltung und Rücksichtnahme auf seine Leistungsfähigkeit und Arbeitskraft zu reden (35).

1. Die Diskussion hat ihren Schwerpunkt im Rahmen des § 616 BGB: Der Dienstverpflichtete verliert seinen Lohnanspruch nur, wenn seine in seiner Person liegende - zeitlich verhältnismäßig geringfügige - Dienstverhinderung "nicht verschuldet" ist. Die Auffassungen über die Bedeutung dieser Bestimmung gehen beträchtlich auseinander:

Eine ältere Lehre verstand das Verschuldens-Merkmal in § 616 BGB durchaus im allgemeinen Sinne einer schuldhaften Verletzung der dem Dienstberechtigten gegenüber bestehenden Vertragspflicht (36), womit impliziert wäre, daß man den Arbeitnehmer für verpflichtet hält, sich vor der Arbeitsleistung zu deren Erfüllung instand zu halten (37). Diese Auffassung schien ihren Vertretern die Möglichkeit zu bieten, "Fragen der Moral und des Privatlebens außer Betracht zu lassen" (38). Eine solche Grenzziehung erwies sich aber als nicht praktizierbar (39). Diese Lehre wurde außerdem von ihren Gegnern dadurch in ein schiefes Licht gebracht, daß man es als ihre Konsequenz bezeichnete, der Arbeitnehmer sei genötigt, sein ganzes Privatleben in den Dienst der Erhaltung seiner Arbeitskraft zu stellen, wovon vernünftigerweise keine Rede sein könne (40). Das Verschulden, von dem § 616 spreche, sei daher nicht auf eine Pflicht dem Gläubiger gegenüber bezogen.

---

34) So explizit schon Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung,(1900), S.78; vgl. auch Esser, LB (3.A.) II, § 77 II2, S.151.
35) Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S.210/211; auch Löwisch, aaO, S.442,446.
36) Vor allem Lotmar, Der Arbeitsvertrag (1908) II, S.180; Staudinger-Nipperdey (9.Aufl.1928) § 616 BGB Anm.III2; Schnorr v. Carolsfeld aaO; RAG ARS 15,568,579; weitere Nachweise bei Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 RN 16.
37) Die Terminologie Vorbereitungspflicht würde sich anbieten, taucht aber in diesem Zusammenhang selten auf; vgl. Planck-Siber, Vorb. I 3b zu §§ 275 ff.
38) Soergel-Erdsiek (8.Aufl.), § 616 Anm.4; Staudinger-Nipperdey aaO (N.36).
39) Vgl. die Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei Planck-Siber, § 616 Anm.2b,5.
40) So Hueck(-Nipperdey), Arbeitsrecht I, S.303 und ihm folgend Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 RN 18; Staudinger-Nipperdey-Mohnen (11.Aufl.), § 616 RN 14.

Die Gegenmeinung sieht sich daher veranlaßt, insoweit von einem "Gebot im eigenen Interesse" und - im Falle der Verletzung - von einem "Verschulden gegen sich selbst" (41), einem an § 254 BGB orientierten Verschuldensbegriff (42) zu sprechen. § 616 BGB meine daher die Verletzung der Sorgfalt, die ein verständiger Mensch im eigenen Interesse anzuwenden pflege; der Sorgfaltsmaßstab dürfe daher nicht überspannt werden; der "Verschuldensvorwurf" müsse auf gröbliche Verstöße, unverständiges, leichtfertiges oder mutwilliges Verhalten beschränkt bleiben (43).

Diesen letzten Aspekt versucht eine - vor allem im arbeitsrechtlichen Schrifttum vordringende - Meinung aus speziell arbeitsrechtlichen Kategorien zu erklären: Sieht man in der Gewährung des Lohnanspruchs für die Zeit der Dienstverhinderung eine Ausprägung der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht, so erschiene es ggf. als treuwidrig und rechtsmißbräuchlich seitens des Dienstverpflichteten, wenn er die Vergütung in Anspruch nehmen wollte, obwohl er selbst durch leichtfertige oder mutwillige Gefährdung seiner Gesundheit die Arbeitsunfähigkeit herbeigeführt hat (44). Hier bedeutet die Selbstschädigung also weder einen Pflichtverstoß noch eine Verletzung eines Gebots im eigenen Interesse; vielmehr kommt es entschieden auf den "dolus praesens", den Rechtsmißbrauch bei der Geltendmachung des Lohnanspruchs an (venire contra factum proprium) (45). Auch diese Lehre ist aber ersichtlich nicht der Aufgabe enthoben, das "vorangegangene Tun" auf seine Vereinbarkeit mit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zu qualifizieren; was den Maßstab betrifft, deckt sie sich wörtlich mit dem vorigen Konzept: "In einem Gemeinschaftsverhältnis kann von einem Mißbrauch der gegenseitigen Rechte erst dann die Rede sein, wenn der Gläubiger den Schaden in auffallender Sorglosigkeit heraufbeschworen hat" (46).

Es fällt auf, daß die letztere Konzeption offenbar nur für die abhängigen Arbeitsverhältnisse durchführbar ist (47). Für nicht abhängige Dienstverträge, die unstreitig gleichfalls von der Regelung des § 616 BGB erfaßt werden (48), ist es nicht möglich,

---

41) Esser, LB (3.A.) II, § 78 I3: fahrlässige Selbstgefährdung.
42) Nachweise bei Hueck, aaO, S.304 N.29; sehr anfechtbar die Terminologie "Obliegenheitsverletzung", vgl. z.B. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.54.
43) Nikisch, Arbeitsrecht I, S.506; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 RN 18 m.w.Nachw.
44) Hueck, aaO (N.40), S.304; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 RN 15; Wiedemann, aaO (N.42), S.53 ff.
45) Wiedemann, aaO, S.54: "Die Gemeinschaft untersagt ihm, sich mit seinem Vorgehen später in Widerspruch zu setzen durch den Versuch, die schädlichen Folgen ... ganz oder teilweise auf andere abzuwälzen. Darin liegt der Rechtsmißbrauch."
46) Wiedemann, aaO, S.55; ähnlich Hueck, aaO; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, aaO.
47) Dies wird beiläufig gesehen bei Staudinger-Nipperdey-Mohnen.
48) Bei der gesetzgeberischen Entstehung der Regelung des § 616 BGB war allerdings zunächst tatsächlich nur an "dauernde, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmende Dienstverhältnisse"

in derselben Weise aus der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten und der Treupflicht des Dienstverpflichteten zu deduzieren und den Sorgfaltsmaßstab unter Berufung auf das Gemeinschaftsverhältnis abzustecken. Man wäre insofern auf die allgemeine Kategorie des Rechtsmißbrauchs verwiesen, die aber hier als dogmatische Kapitulation erschiene; der Maßstab, wann der Dienstverpflichtete sich mit seinem vorangegangenen Verhalten in Widerspruch setzt, bliebe im Dunkeln (49). Im übrigen mutet es reichlich unproportioniert und weltfremd an, das Verhalten des Schuldners, das nun einmal die Leistungsstörung im Sinne der Verursachung der Leistungsunfähigkeit hervorgerufen hat, als einer Wertung und einem Vorwurf völlig entzogen zu betrachten (50), während allenfalls der spätere Versuch - zu dem es häufig gar nicht kommen wird -, den Lohn zu fordern, den Vorwurf verdiene.

Überhaupt wird hier allenthalben mit einem bemerkenswerten ideologischen Pathos argumentiert: Sätze wie "den Dienstverpflichteten treffe keine Pflicht, sein ganzes Privatleben in den Dienst der Erhaltung der Arbeitsfähigkeit zu stellen" (51), oder "es fehle eine Rechtsnorm, die die Selbstschädigung verbiete; es stehe jedermann frei, seine Rechtsgüter aufzugeben oder zu zerstören (52) haben eher suggestiven als wissenschaftlichen Aussagewert. Es ist nicht ersichtlich, was an der Vorstellung so monströs sein soll, der Schuldner, der sich zu einer Dienstleistung vertraglich gebunden hat, sei auch im "Vorfeld" der Dienstleistung (auch wenn dies in seine "Privatsphäre" fällt) gehalten und verpflichtet, sich auf seine Verbindlichkeit einzustellen und nach Möglichkeit eine Verhinderung aus seiner Person zu vermeiden. Diese Verpflichtung trifft ersichtlich jeden Schuldner; mit jeder vertraglichen Bindung schränkt der Schuldner seinen Bewegungsspielraum ein; eine davon unberührte "Privatsphäre" abzuschichten, ist unsinnig. Ein Satz wie "der Schuldner sei durch nichts und niemand gegenüber verpflichtet, seine Gesundheit oder sein Eigentum vernünftig zu

---

gedacht (so § 562 E I). Die Ausdehnung auf alle Dienstverträge hat die II. Kommission damit begründet, daß "der Dienstgeber bei jedem Dienstverhältnis mit der Möglichkeit verhältnismäßig geringfügiger Verhinderung des Dienstverpflichteten rechnen müsse" (Prot. II, S.280).

49) Das Fordern einer nicht zustehenden Leistung als "Rechtsmißbrauch" zu bezeichnen, ist eine banale und dogmatisch unbrauchbare Feststellung.

50) Wiedemann, aaO, S.54, glaubt ausdrücklich betonen zu müssen, "das die Person oder die Vermögenslage beeinträchtigende (vorangegangene) Verhalten des Schuldners sei rechtmäßig".

51) Larenz, aaO (N.30); dagegen richtig Löwisch, aaO (N.32), S.446.

52) Wiedemann, aaO.

gebrauchen" (53) ist kaum verständlich. Auch wer eine Sache zu liefern versprochen hat, kann damit - in Bezug auf diese Verbindlichkeit - nicht machen was er will, auch wenn sie noch in seinem Eigentum steht, sondern er unterliegt bereits der Pflichtbindung des Vertrages, den zu erfüllen er gehalten ist (54).

Verstellt man sich diese Perspektive einer auch in das sog. Privatleben hineinreichenden Pflichtbindung des Schuldners im Vorfeld der "eigentlichen Leistung" nicht durch suggestive Formeln, so erlaubt dies, auch eine andere schiefe Vorstellung der herrschenden Doktrin zurechtzurücken:
Es wird vielfach bemerkt, wenn das in § 616 BGB gemeinte Verschulden im Sinne eines schuldhaften Verstoßes gegen die Vertragspflicht zu verstehen sei, dann müsse den Schuldner ein solches Verhalten auch schadensersatzpflichtig machen. § 616 BGB wolle ihm aber - bei Verschulden - nur den Anspruch auf die Entgeltfortzahlung entziehen, nicht ihn auch noch zusätzlich mit einer Schadensersatzpflicht belasten (55). - Das ist sicher insofern richtig (56), als § 616 nicht selbst die Schadensersatzpflicht statuiert. Daß sich diese aber aus den allgemeinen Regeln ergibt, kann gar nicht zweifelhaft sein. § 616 entzieht auch nicht den Lohnanspruch bei Verschulden, sondern gewährt ihn umgekehrt - entgegen den Regeln der §§ 323, 325, 326 BGB -, wenn die - kurzfristige - Verhinderung unverschuldet ist. Ist sie verschuldet - dies bedeutet verschuldeten Verzug bzw. Unmöglichkeit (57) -, so beruhen sowohl der Verlust des Lohnanspruchs wie ggf. eine Schadensersatzpflicht auf diesen allgemeinen Regeln (58).

---

53) Wiedemann, aaO, S.54.
54) Wiedemann stellt sogar in Abrede, daß das "selbstschädigende Verhalten" aus der Perspektive einer Schadensersatzhaftung von der Rechtsordnung mißbilligt werde (S.54); gegen Esser, LB (2.A.), § 64, 3e (S.278), R.Schmidt, Die Obliegenheiten (1953), S.209.
55) So ausdrücklich Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 RN 16 a.E.; vgl. auch Hueck, aaO (N.40), S.304 FN 32; Nikisch, aaO (N.43), S.505,506; Wiedemann, aaO, S.52.
56) Von Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, aaO, aber offenbar nicht so gemeint.
57) Vgl. zu diesen Kategorien im Dienstvertrag Hueck, aaO, § 35 I, insbes. FN 1.
58) Dies wird, soweit in den systematischen Darstellungen von der "Verletzung der Arbeitspflicht" die Rede ist, auch garnicht angezweifelt; vgl. z.B. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 611 RN 139 ff., insbes. 140,142. Weshalb darin eine unzulässige Verknüpfung der Frage der Lohnzahlung mit der des Schadensersatzes liegen soll - Wiedemann, aaO, S.52 -, ist nicht zu erkennen.

Dieses "Verschulden" im Sinne der §§ 325, 326 kann natürlich in einem "grundlosen" Nichtantreten oder Verlassen des Dienstes liegen; dann steht § 616 schon gar nicht in Rede. Es kann aber genauso "in der Person" des Verpflichteten liegen, indem er sich z.B. mutwillig eine Verletzung oder Erkrankung zuzog (59). Dann kann der Dienstberechtigte auch Schadensersatz verlangen, falls der Schaden "wegen Nichterfüllung" (z.B. bei Nichteinhaltung wichtiger Lieferfristen) höher ist als die ersparte Lohnaufwendung (60).

Ist aber im Falle des Verschuldens der Verlust des Lohnanspruchs die normale Folge der allgemeinen Regeln der §§ 323 ff., so ist es unangebracht, bezüglich der dem Schuldner angesonnenen Sorgfalt in der Erhaltung seiner Arbeitsfähigkeit von einer "Obliegenheit" im eigenen Interesse mit dem Ziel der Erhaltung der Lohnfortzahlung zu reden. Dieser Zweck liegt letztlich in jedem Bemühen eines Schuldners, seiner Vertragspflicht nachzukommen, um die Gegenleistung zu erhalten. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß § 616 eine besondere, den Dienstpflichtigen begünstigende Risikoverteilung bringt, die ihm den Lohnanspruch aus sozialen Gründen (61) auch bei unverschuldeten Leistungshindernissen aus seinem persönlichen Bereich erhält (62).

Es bleibt die Frage, wie sich die von der h.M. (63) für richtig gehaltene Reduzierung der Sorgfaltsanforderungen an das Bemühen des Dienstverpflichteten bei der Erhaltung seiner Arbeitskraft und -fähigkeit erklärt.

Die Berufung auf das arbeitsrechtliche Gemeinschaftsverhältnis (64) kann offenbar nur bei echten Arbeitsverträgen durchgreifen; eine

---

59) LAG Frankfurt, AP 1951, Nr.133 (Schlägerei).

60) Daß es praktisch i.d.R. mit dem Entfallen des Vergütungsanspruchs - §§ 325,323 - "abgetan" ist, hat offenbar den Blick für die Normalität dieser Verschuldenshaftung getrübt. Richtig wird die Beziehung zwischen Lohnanspruch und evtl. Schadensersatzpflicht von Löwisch, aaO (N.32), S.447, formuliert: "Der Gegenleistungsanspruch des Arbeitnehmers soll ihm immer erhalten bleiben, wenn an die Stelle der Leistungspflicht keine Schadensersatzpflicht getreten ist."

61) Im weitesten Sinn, vgl. Mot. II, S.463; Prot. II 280 ff. ("humanitäre Gründe").

62) Ob es sinnvoll ist, hier eine Kumulierung von Rechtspflicht und Obliegenheit anzunehmen - vgl. dazu z.B. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (1963), S.58 f. - kann hier offenbleiben.

63) Schon Titze, aaO (N.34), S. 753 FN 27; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 616 Anm.1d; Nikisch, Arbeitsrecht I, S.506; Hueck, aaO (N.40), S.304.

64) Wiedemann, aaO, S.55, meint, nur die Berufung auf das Gemeinschaftsverhältnis (das dazu verpflichte, unvermeidliche Nachlässigkeiten zu übersehen), trage die herrschende Meinung.

Differenzierung der Sorgfaltsanforderungen nach abhängigen und nicht abhängigen Dienstverträgen wird aber in der Literatur bisher nicht vorgeschlagen. Es ist dabei zweierlei zu beachten: Bei der Konzeption der Vorschrift des § 616 BGB war praktisch wohl nur an "Arbeitsverträge" oder jedenfalls an solche, die in dieser Hinsicht wie Arbeitsverträge zu behandeln wären, d.h. "dauernde, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmende Dienstverhältnisse" (65) gedacht; ebenso bezieht sich die zu § 616 insoweit ergangene Rechtsprechung praktisch nur auf Arbeitsverträge. Das Problem ist bei andersartigen Dienstverträgen auch kaum relevant: Bei kurzfristigen oder auf bestimmte Einzeltätigkeiten bezogenen Dienstverträgen bringt eine evtl. denkbare "verhältnismäßig (66) nicht erhebliche" Verhinderung entweder überhaupt kein ins Gewicht fallendes tatsächliches Problem (67), oder es liegt sofort eine gravierende Leistungsstörung (Verzug oder Unmöglichkeit) vor, bei der man dann offenbar auch keine Bedenken hat, die Verschuldensfrage ganz im gewohnten Sinne zu stellen, auch im Hinblick auf die "private" Vorbereitungszeit. (Kann der Klavierlehrer den Unterricht nicht erteilen, weil er sich durch unvorsichtiges Verhalten im Privatleben verletzt hat, so verliert er jedenfalls gemäß §§ 325, 323 BGB seinen Vergütungsanspruch für die ausgefallene Stunde; § 616 kann ihm diesen Anspruch nicht erhalten. - Der für eine bestimmte Fahrt gedungene Mietwagenfahrer macht sich ggf. für den entstandenen Schaden ersatzpflichtig, wenn er die Fahrt nicht rechtzeitig durchführen kann, weil er sich unterwegs durch leichtsinnige Fahrweise verletzt hat (68).)

Insgesamt geben diese Überlegungen den Hinweis, daß es durchaus möglich und sachgerecht ist, die Anforderungen an die vom Dienstverpflichteten zu erwartende Sorgfalt anhand der allgemeinen Kategorien des Schuldvertragsrechts zu bestimmen: Es geht um nichts anderes, als im Rahmen der konkreten Vertragsordnung den Aufwand und Einsatz zu definieren, der vom Schuldner nach Inhalt und Anlage des Vertrages zur Verwirklichung des Gläubigerinteresses erwartet wird. Man ist also keineswegs genötigt, davon zu reden, § 616 bringe gegenüber dem "normalen Verschuldensmaßstab" eine Reduzierung der Anforderungen. Es ist nicht eine abstrakte "verkehrsübliche Sorgfalt", die vom Schuldner erwartet wird, sondern die Vertragsordnung konkretisiert selbst das Maß der für die Herbeiführung des Erfolges notwendigen Aufwendungen und Bemühungen in wirtschaftlicher und persönlicher Hinsicht (69); Vorstellungen

---

65) Vgl. oben N.48.

66) Es kommt vor allem auf das relative Verhältnis der Verhinderung zum Dienstleistungszweck und der Dauer der bisherigen (!) Beschäftigung an; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 RN 18.

67) Wenn die Leistung nur verzögert wird.

68) Wobei hier wohl schon ein einfacher, schuldhafter Verstoß gegen die Verkehrsregeln genügt - ebenso, wie wenn er die Verzögerung (oder eine evtl. Verletzung) erst während der Fahrt verschuldet. Rspr.-Nachweise zu schuldhaften Verkehrsverstößen vgl. bei Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm.20.

69) Vgl. die Bemerkungen bei Esser, JZ 63,489,490; Zeuner, JZ 66,1,6; Esser, LB (3.A.), § 8 II3.

des Verkehrs können hier Eingang nur über die Vertragsauslegung (§ 157 BGB) sowie über die sich aus Treu und Glauben ergebenden Begrenzungen der Vertragspflichten finden (70). In diesem Rahmen ist es dann möglich, im Sinne des von der Regelung des § 616 angestrebten Zwecks in Verbindung mit gemeinschaftsrechtlichen Fürsorge- und Vertrauensgedanken die Anspannung des Schuldners im "privaten Vorfeld" der Leistungsbeziehung auf ein vernünftiges, nicht überspanntes Maß der Pflichtbindung festzulegen. So gesehen ist der Arbeitnehmer zwar nicht gehalten, "sein ganzes Privatleben ängstlich in den Dienst der Erhaltung seiner Arbeitsfähigkeit zu stellen" (71), wohl aber ist er verpflichtet, nicht mutwillig oder leichtsinnig seine Gesundheit aufs Spiel zu setzen und dadurch - oder aus anderen Gründen seines persönlichen Bereichs - die Erfüllung der Dienstleistungspflicht zu vereiteln (72). - Bei dieser Ableitung des Pflichtmaßes aus der individuellen Vertragsanlage ist man auch ungehindert, bei gewissen Dienstverträgen, die nicht dem Normalbild im Sinne des § 616 entsprechen, auch eine sehr weitgehende Bindung des Dienstpflichtigen hinsichtlich seiner privaten Rücksichtnahme auf seine Schuldverbindlichkeit anzunehmen. (Wer als Spezialist eine streng termingebundene wichtige Tätigkeit übernommen hat, wobei ein Ersatzmann kaum zu beschaffen ist, macht sich ggf. schon schadensersatzpflichtig, wenn er tags zuvor durch einen einfachen Sportunfall arbeitsunfähig wird; er hätte nach der Vertragsanlage diese riskante Tätigkeit unter den gegebenen Umständen unterlassen müssen, was von einem gewöhnlichen, langfristig gebundenen Arbeitspflichtigen nicht erwartet werden kann.)

Es zeigt sich also, daß das im Rahmen des § 616 BGB für sachgerecht empfundene Ergebnis einer Entlastung des Arbeitnehmers von den nachteiligen Folgen gelegentlicher Nachlässigkeiten bezüglich seiner Arbeitsfähigkeit und -bereitschaft durchaus mit den allgemeinen Kategorien der Schuldvertragsdogmatik zu erklären und zu begründen ist: Der Vertragstyp und die - sozialpolitisch gesteuerte - Verkehrsanschauung bestimmen das (reduzierte) Maß des Einsatzes und der Anspannung des Dienstpflichtigen im Hinblick auf seine vertragliche Verbindlichkeit (73) - oder komplementär hierzu das Maß der erwarteten "Sorgfalt" unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit bei Vertragsstörung.

---

70) Löwisch, aaO, S.429/430.
71) Larenz, aaO (N.30).
72) So schon Lotmar, aaO (N.36); vgl. auch Steindorff, JZ 59,1,9.- Wird auf diese Weise eine länger dauernde Verhinderung verschuldet, so bestehen offenbar keine derartigen Bedenken bezüglich des Lohnfortfalls bzw. einer evtl. Schadensersatzpflicht.
73) Vgl. auch Esser, LB (3.A.) I, § 8 II3.

2. Aufschlußreich für die dogmatische Struktur der Pflichtbindung des Dienstverpflichteten ist auch das Verhältnis, in dem seine Urlaubsgestaltung zu seiner vertraglichen Leistungspflicht steht.

Nach § 8 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) darf der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten. Man ist sich einig, daß dieses Verbot - auch ohne tarifvertragliche oder gesetzliche Regelung - sich als allgemeiner Grundsatz aus dem Wesen der Urlaubsregelung ergibt (74), mithin eine entsprechende vertragliche Nebenpflicht (Unterlassungspflicht) darstellt (75). Dabei wird allgemein angenommen, daß der Arbeitgeber im Wege der Unterlassungsklage bzw. der einstweiligen Verfügung die Einhaltung des Verbots bzw. der Unterlassungspflicht erzwingen könne (76); ebenso, daß sich der Arbeitnehmer bei einer Verletzung der Pflicht ggf. schadensersatzpflichtig mache (aus "positiver Vertragsverletzung"), sei es, weil er wegen ungenügender Erholung geringere oder schlechtere Arbeitsleistungen erbringt (77), sei es - im Falle einer durch die verbotswidrige Tätigkeit verschuldeten Dienstverhinderung - für die Mehraufwendungen des Arbeitgebers für eine ev. Ersatzkraft (78). Die sachliche Parallele zu der Rücksichtnahme des Arbeitnehmers auf seine Arbeitsfähigkeit während der laufenden Dienstzeit liegt auf der Hand: Wie der Arbeitnehmer auch sonst "außer Dienst" sich so zu verhalten hat, daß er seine Dienstpflicht und Arbeitsfähigkeit nicht ungebührlich gefährdet, so hat er auch während des Urlaubs als einer bezahlten Freizeit auf deren Erholungszweck Rücksicht zu nehmen. Die Erhaltung und Erholung seiner Gesundheit und Leistungsfähigkeit liegt daher

---

74) Hueck, aaO (N.40), S.404; Nikisch, aaO (N.43), S.457.
75) Boldt-Schlephorst, BUrlG § 8 RN 3; Schelp-Herbst, BUrlG § 8 RN 18; Monjau, Der Betrieb 1959,1344 ff.
76) Hueck, aaO, S.404 FN 53; Schelp-Herbst, aaO, RN 16; Monjau, aaO, S.1346.- Der Unterlassungsklage wird aber - aus tatsächlichen Gründen - keine große praktische Bedeutung beigemessen.
77) Hueck, aaO; Schelp-Herbst, aaO, RN 18. Andere wollen hier einen Rückforderungsanspruch bzgl. des Urlaubsgeldes als Schadensersatz bejahen: Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 611 RN 281. Im übrigen wird für den Regelfall die Nachweisbarkeit eines Schadens bezweifelt, vgl. Hueck, aaO, N.53 a.A.; Boldt-Schlephorst, aaO, RN 3.
78) Monjau, aaO, S.1345.

nur zum einen Teil "in seinem eigenen Interesse"; sie ist gleichzeitig im Rahmen seiner vertraglichen Bindungen auch eine "Pflicht" gegenüber dem Dienstberechtigten, der ihm diese - zweckgerichtete - Freizeit finanziell ermöglicht.

Das schließt die Feststellung nicht aus, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich seinen Urlaub (und seine Freizeit) nach Gutdünken verwenden darf (79). Aber es bringt bereits wieder eine unwissenschaftliche ideologische Verdunkelung zu sagen, die Anerkennung einer Pflichtbindung im oben gekennzeichneten Rahmen sei eine "zu weit gehende Einschränkung des Arbeitnehmers in seiner Selbstbestimmung" (80). Die Bindung und Einschränkung ergibt sich aus Natur und Inhalt der eingegangenen Verbindlichkeit, der Umfang und die Intensität aus der Finalität und Nähe der betreffenden Handlung zur Vertragsleistung.

Dementsprechend ist auch das kodifizierte Verbot der urlaubszweckwidrigen Erwerbstätigkeit einer sinnvollen Interpretation zugänglich; es bringt vor allem keine abschließende Regelung: Einmal kommt es nicht so sehr auf den Erwerbseffekt der Tätigkeit an, sondern auf ihre Auswirkung auf die anzustrebende Erholung und Förderung der Leistungsfähigkeit. Eine Tätigkeit, die dem eklatant widerspricht, ist auch dann zu unterlassen, wenn ein entsprechendes Entgelt - ganz oder im wesentlichen - fehlt (81) oder von vornherein gar nicht in Rede steht (82). - Umgekehrt kann auch hier - wie bei jeder Konkretisierung der vertraglichen Pflichtbindung - durch Vertragsauslegung eine auch einträgliche Tätigkeit erlaubt sein, wenn dies - unter Berücksichtigung der Üblichkeit oder der herkömmlichen Gebräuche - als mit der Dienstverpflichtung vereinbar erscheint (83).

Diese Andeutungen haben zweierlei gezeigt:
Die "Pflicht" zur Erhaltung der Arbeitskraft und der Rücksichtnahme auf die Dienstverpflichtung hat - über die unmittelbare tägliche Freizeit hinaus - ihre Verlängerung bis in den Bereich der bezahlten Freizeit des Urlaubs, ohne daß sich dadurch an der

---

79) Vgl. auch dazu Monjau, aaO, S.1344/45.
80) Schelp-Herbst, § 8 RN 7.
81) Etwa die intensive Mitarbeit beim Hausbau in der Verwandtschaft.
82) Z.B. eine körperlich übermäßig anstrengende Expedition oder sportliche Betätigung.
83) Vgl. Schelp-Herbst, § 8 RN 10 a.E.: Schriftstellerische Tätigkeit, etwa eines Wissenschaftlers aufseinem Fachgebiet; ebenso Monjau, aaO.

sachlichen Natur und der dogmatischen Struktur dieser Pflichtbindung etwas wesentlich ändert (84). Dabei fällt auf, daß hinsichtlich des Urlaubs in der Literatur keine Skrupel auftauchen, hier von einer entsprechenden Pflicht des Arbeitnehmers zu sprechen (85). Ebensowenig bestehen hier grundsätzliche Bedenken, diese Pflicht als klagbar oder im Wege der einstweiligen Verfügung für erzwingbar zu erklären, obwohl auch insoweit keine greifbaren Unterschiede gegenüber anstrengenden, die Leistungsfähigkeit beeinträchtigenden oder die Gesundheit gefährdenden Tätigkeiten während der üblichen Freizeit bestehen.

Dementsprechend war schon O e r t m a n n (86) der Auffassung, daß der Gläubiger durch Unterlassungsklage dem Arbeitnehmer eine besonders anstrengende anderweitige Tätigkeit während seiner Freizeit verbieten könne (87). Soweit im Rahmen der Urlaubsgestaltung regelmäßig nur von der Unterlassungsklage bezüglich erholungswidriger Erwerbstätigkeit geredet wird, dürfte dies rein praktische Gründe haben: Andere strapaziöse Beschäftigungen werden sich in der Regel der Kenntnis und tatsächlichen Einflußnahme des Dienstherrn entziehen. M o n j a u (88) hält ggf. eine Klage auf Unterlassung eines besonders riskanten, tollkühnen Unternehmens während des bezahlten Erholungsurlaubes für möglich und zulässig (89).

---

84) Monjau, aaO, S.1344, ist der Meinung, daß sich für den Urlaub eine erhöhte Rücksichtspflicht ergibt - im Hinblick auf den gezielten und vom Arbeitgeber finanzierten Erholungszweck dieser "Freizeit".

85) Obwohl auch hier als Konsequenz des Verstoßes i.d.R. (nur) der Verlust der Bezahlung (Urlaubsgeld) eintritt - sei es qua Verwirkung (so Nikisch, aaO, I S.457), sei es qua Schadensersatz (so Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 611 RN 281), sei es qua Bereicherungsrückforderung wegen "Zweckfortfall" (so Hueck, aaO, S.404 FN 53).

86) AaO (N.18), S.20,21.

87) Zur Grenze der Zulässigkeit einer "Nebenbeschäftigung" vgl. Hueck, aaO, S.186.

88) AaO, S.1346.

89) Vgl. auch eine Notiz im "Spiegel" vom 10.2.1969 (Nr.7), S.158, wonach es einem Astronauten, der bekanntlich mit enormen Investitionen für seinen Einsatz ausgebildet wurde, untersagt wurde, in seiner Freizeit ein Autorennen mitzufahren.

3. Kapitel: Leistungsvorbereitung, Leistungshandlung, Leistungserfolg.

Nachdem die Erörterungen des vorigen Kapitels - am Beispiel der auf eine Dienstleistung gerichteten Schuldverbindlichkeit - ergeben haben, daß es nicht möglich ist, innerhalb des gesamten auf den Schuldzweck bezogenen oder sich auf ihn auswirkenden Verhaltens des Schuldners nach Begründung der Verbindlichkeit einen Bereich auszugrenzen, der als solcher schlechthin der Determination durch die Schuldbindung entzogen wäre, kann nun im weiteren Rahmen versucht werden, das Verhältnis der Vorbereitungs- zur Leistungshandlung und zum Leistungserfolg zu bestimmen, unter der Fragestellung, welche sachliche Gliederung der Gesamtbereich des Erfüllungsaufwandes des Schuldners erfordert, vor allem wie weit es sinnvoll ist, die Vorstellung unselbständiger Vorbereitungspflichten im Rahmen der Leistungsbeziehung des Schuldverhältnisses aufrechtzuerhalten.

I. Zu den Begriffen Leistung und Schuld in der Dogmatik des Schuldverhältnisses.

1. Der Leistungsbegriff des allgemeinen Schuldrechts.

Es ist öfters festgestellt und beklagt worden, daß der zentrale Begriff unseres Schuldrechts, der der Leistung, von einer bemerkenswerten Ungenauigkeit und Mehrdeutigkeit ist (1). Dies gilt sowohl für den gesetzlichen Sprachgebrauch als auch für seine Verwendung in der wissenschaftlichen Literatur. Als "die" Leistung (2) wird bald das Verhalten des Schuldners, die der Durchführung und Beendigung des Schuldverhältnisses dienende Vornahme der vertraglich gebotenen Tätigkeit oder Unterlassung

---

1) Z.B. Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht (1909), S.8 ff., 88 ff. u. passim; Oertmann, Leistungshandlung und Leistungserfolg, ZHR 93 (1929), 356 ff.; neuerdings ausführlich Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Recht, Festschrift für Nipperdey (1965) I, S.783 ff.

2) Obwohl es naheliegend erscheint, den Leistungsbegriff - angesichts seiner offenbaren Mehrdeutigkeit - für die verschiedenen Regelungszusammenhänge gesondert zu klären und zu bestimmen, wird der Streit um "den" Begriff der Leistung mit Ausdauer geführt.

bezeichnet (Leistungsverhalten) (3), bald das Resultat dieses Verhaltens, der Vorgang, der das Schuldverhältnis durch Befriedigung des Gläubigerinteresses beendet (Leistungserfolg im Sinne der Erfüllung) (4), ohne Rücksicht auf das im einzelnen - vom Schuldner, Dritten oder gar vom Gläubiger - zu entfaltende Verhalten. - In anderer Richtung wird der "Leistungsbegriff" teils nur auf die das Schuldverhältnis charakterisierende Interessenbefriedigung ("eigentliche Leistung") begrenzt und von dem "sonstigen Verhalten" im Rahmen des Schuldverhältnisses abgesetzt (5), teils im weiteren Sinne als Inbegriff alles dem Schuldner angesonnenen Verhaltens verstanden (6).

Die Mehrdeutigkeit erfaßt auch die Begriffe "Schuld" und "Pflicht": Ist die Leistung der Schuldinhalt, so bezeichnet die Schuld einmal das Leistungsgebot, soweit es auf die Leistungshandlung bezogen (7), dann wieder soweit es auf die Erreichung des Leistungserfolges gerichtet ist (8). Von Pflicht des Schuldners (Leistungspflicht, Schuldpflicht) wird zwar vorwiegend nur im Sinne einer auf das konkrete Verhalten bezogenen Rechtspflicht gesprochen (9), es wird aber auch hier ein umfassenderer Begriff der Leistungspflicht verwendet: "Ist der Leistungserfolg nicht eingetreten, so bleibt die Leistungspflicht als solche - trotz richtigen Verhaltens des Schuldners - unerfüllt" (10), (11).

W i e a c k e r (12) hat neuerdings den Gehalt und die Bedeutung des Begriffs der Leistung im Rahmen der Dogmatik des allgemeinen Schuldrechts nach der Konzeption des BGB aufgezeigt: Im Rahmen

---

3) Sei es das Verhalten als solches - §§ 269,271 BGB, sei es nach seinen weiteren Modalitäten Zeit und Ort, besondere Umstände usw. - § 242; vgl. etwa die Formulierung bei Esser, LB (2.A.), § 30,1.
4) §§ 362,241 S.1 BGB; Esser, LB (2.A.), § 30,6.
5) Larenz, LB I, § 2I, S.6 u. FN 3; ähnlich Lehmann, Unterlassungspflicht, S.171.
6) Fikentscher, LB § 7,6(3); § 8,4: "Die Leistung besteht ... aus einem Bündel von Pflichten, Tuns- und Unterlassungspflichten, Lieferungs-, Obhuts-, Schutzpflichten und allgemeinen Verhaltenspflichten. Insgesamt bildet das Pflichtenbündel 'die Leistung'."
7) Z.B. Wieacker, aaO, S.798 (Schuld und Rechtspflicht erscheint synonym).
8) Vgl. Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § II3 (mit genauer Differenzierung der beiden Bedeutungen); insbes. Esser, LB (2.A.), § 30,6. Auch soweit ein "Enderfolg" im eigentlichen Sinn garantiert wird, ist von Schuld die Rede (Garantieschuld); vgl. Esser, aaO, § 30, 4 u. 5.
9) Vgl. Blomeyer, aaO, lit.a.); Esser, aaO, Zif.1; unten S.43 ff.
10) Larenz, LB I § 2 I, S.6 FN 3.
11) Insbesondere soweit von "Garantiepflicht" gesprochen wird, ist dabei nicht (immer) an ein pflichtgemäßes Verhalten des Schuldners gedacht.
12) AaO (N.1).

der Theorie der Erfüllung (§ 362), der Nichtleistung (§ 283), der Unmöglichkeit und des Leistungsunvermögens (§§ 275, 280, 306) sowie der Leistungszeit (§ 270 f.) bedeutet "Leistung" die Herbeiführung des Leistungserfolges im Sinne der Verwirklichung des Gläubigerinteresses (13).

Daß in der Lehre von der Erfüllung (§ 362) unter "Bewirken der Leistung" nicht nur die Leistungshandlung, sondern die Herstellung des Leistungserfolges zu verstehen ist (14), also die Verwirklichung des Gläubigerinteresses schlechthin, kann kaum zweifelhaft sein (15). Es wurde oft bemerkt, daß für den Eintritt der Erfüllungswirkung (durch Leistung!) nicht genügt, daß sich der Schuldner pflichtgemäß verhalten und bemüht hat (16), sondern erst "wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird", was offenbar - wie besonders anschaulich beim Versendungskauf, § 447, bei der Konzentration der Gattungsschuld, § 243 Abs. 2 usf. - über die vom Schuldner zu entfaltende Tätigkeit hinausreicht, ja sogar so weit vom Verhalten des Schuldners abstrahiert, daß regelmäßig eine Befriedigung durch Leistung eines Dritten zulässig ist, § 267 (17). Daher kann, sofern nicht eine echte "teilbare", abschnittweise zu erbringende Leistung vorliegt (18), auch das - mehr oder weniger weit fortgeschrittene - Leistungsverhalten des Schuldners nicht als "Teilleistung" im Sinne einer Teilerfüllung der Verbindlichkeit angesprochen werden.

Auf einem entsprechenden Leistungsbegriff beruht die gesetzliche Regelung der Unmöglichkeitslehre (19): Der Tatbestand dieser Leistungsstörung ist dadurch gekennzeichnet, daß das Gläubigerinteresse notwendigerweise nicht (mehr) verwirklicht werden kann (20), sei es durch niemanden (objektive Unmöglichkeit), sei es jedenfalls nicht durch den Schuldner (Unvermögen). Die Leistungsstörung wird erst konstatiert, wenn dieser endgültige Mißerfolg feststeht; ob dem Schuldner ein - auch mit aller Sorgfalt vorgenommener - Erfüllungsversuch mißlungen ist, ist unerheblich und

---

13) Wieacker, aaO, S.798.
14) Larenz, LB I, § 26 I, S.314; Blomeyer, aaO, lit.b.
15) Auch Esser, LB (3.A.) I, § 26 I, bringt dies, wenn auch relativiert durch die gleichzeitige Bezugnahme auf das - je nach Vertragstyp und Art der Leistungspflicht - geschuldete Tun, zum Ausdruck, wenn er auf die Befriedigungswirkung und das Obligationsziel abhebt.
16) BGHZ 1,4(6); Oertmann, aaO (N.1), S.263 ff.,269.
17) Soweit das Gläubigerinteresse nicht nur gerade aus der Person dieses Schuldners verwirklicht werden kann.
18) Mit entsprechenden Teilinteressen des Gläubigers, die einzeln befriedigt werden können, s. dazu unten S.142 .
19) Vgl. Oertmann, aaO, S.369; Wieacker, aaO, S.791,794 ff.
20) Ebenso im Ausgangspunkt Esser, JZ 63,489,490 l.Sp. ("Vereitelung des Leistungserfolges"), wo dann allerdings - im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Vertretenmüssens der Leistungsstörung - das "geschuldete Bemühen", der Leistungsaufwand mit in die Betrachtung gezogen und der vertragliche Unrechtsbegriff als ein "aufwandsqualifizierter Erfolgsunrechtsbegriff" entwickelt wird.

begründet per se weder die Unmöglichkeit der Leistung noch eine Befreiung des Schuldners, solange das Gläubigerinteresse überhaupt noch befriedigt werden kann (21). Im übrigen kann "die Leistung" auch dann noch unmöglich werden, wenn der Schuldner - etwa nach Absendung der Ware oder durch sonstige Leistungshandlungen - "alles" seinerseits Erforderliche getan hat (§ 243); auch nach Abschluß dieses Verhaltens schuldet er noch die Leistung (22), bis das Gläubigerinteresse befriedigt ist oder endgültig unerreichbar wird. - Dieselbe Perspektive des Gläubigerinteresses kennzeichnet auch die sonstigen Fälle der "Nichtleistung" (Nichterfüllung): (a) Das Leistungsurteil des § 283 BGB setzt als Minimal-Tatbestand nur das Ausbleiben des Leistungserfolges voraus; worauf dieser Mißerfolg beruht, auf einem (verschuldeten oder unverschuldeten) notwendigen Ausbleiben oder einer nur willentlichen Nichtleistung, ist zunächst ohne Interesse (und bleibt im Prozeß dem Vortrag und Beweis des Schuldners überlassen) (23). (b) Auch in anderen Fällen der - nicht auf Unmöglichkeit oder Unvermögen beruhenden - Befreiung des Schuldners von seiner primären Leistungspflicht (Unerbringlichkeit wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit, Pflichtenkollision) zielt die erste Feststellung dahin, daß das vertraglich konzipierte Ziel, das Erfüllungsinteresse des Gläubigers, nicht erreicht wurde oder werden kann, und erst im Rahmen der Frage nach der Ursache und Verantwortung für dieses Versagen wird die Überlegung relevant, wie weit der Aufwand und die Opferpflicht des Schuldners in Bezug auf die erwartete Befriedigung des Gläubigers reichten (24).

Auch im Rahmen der Regelung der Leistungszeit (§ 271) geht es um den Aspekt der zeitgerechten Realisierung des Gläubigerinteresses (25), die Leistungszeit ist nicht eine bloße Modalität des Handlungsgebots an den Schuldner, sondern vielmehr eine solche des Gläubigerinteresses, also des Leistungserfolges (26): Dies liegt auf der Hand beim (absoluten) Fixgeschäft, gilt aber im Grunde für jeden Leistungsinhalt (27), wie u.a. die Verzugsregeln zeigen (§ 326 Abs. 2: Entfallen des - primären - Erfüllungsinteresses des Gläubigers bei Verzug). Soweit im einzelnen bei der Erörterung der Rechtzeitigkeit der Leistung auf die Vornahme der (letzten) Leistungshandlung des Schuldners abgehoben wird (28),

---

21) Vgl. auch Esser, aaO: "Offenbar ist die Verletzung der dem Schuldner auferlegten Handlungspflichten irrelevant, wenn der zu bewirkende Vertragserfolg trotz der Verletzung eintritt."
22) Abgesehen von der weiterhin gebotenen Rücksichtnahme bzw. Unterlassung gegenläufiger Maßnahmen; vgl. Oertmann, aaO, S.369.
23) Vgl. näher Enneccerus-Lehmann, LB § 50 I5 u. II; Wieacker, aaO, S.792.
24) Vgl. Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 28,1,8; er erörtert dementsprechend die "Opfergrenze" als eine Abstufung in der Strenge der Sicherung des Gläubigers und seines Erfüllungsinteresses im Verhältnis zur reinen Erfolgshaftung, § 24,6.
25) Esser, LB (2.A.), § 39,1, der aber hinzufügt, die Leistungszeit sei ein Teil des (Handlungs-)Gebots an den Schuldner.
26) Wieacker, aaO, S.798; vgl. auch Lehmann, Unterlassungspflicht, S.235.
27) Vgl. Nastelsky, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 62,289.
28) Vgl. BGHZ 44,178; Esser, aaO (mißverständliche Formulierung).

geht es in Wahrheit bereits um ein Problem der - zeitlichen - Gefahrtragung (Verzögerungsgefahr). Ebensowenig wie man von Erfüllung sprechen kann, wenn der Schuldner zwar alles "Erforderliche" getan hat, die Leistung aber trotzdem noch unmöglich geworden ist (z.B. im Falle des Versendungskaufs, § 447), kann von einer rechtzeitigen Leistung und Erfüllung die Rede sein, wenn es - nach pflichtgemäß erfolgter Leistungshandlung - zu einer Verzögerung des vom Gläubiger zu einem bestimmten Zeitpunkt erwarteten Leistungserfolges kommt. Wiederum: erst bei der Frage einer Haftung und Verantwortung für die Verzögerung wird gewertet, wann und was der Schuldner "hätte tun sollen" - dann allerdings u.U. nicht nur, wann er die "letzte erforderliche Leistungshandlung" hätte vornehmen müssen, sondern auch z.B. wann er spätestens mit einem zweckgerechten Leistungshandeln hätte beginnen sollen (29).

Schließlich kann noch darauf verwiesen werden, daß auch das Prozeßrecht, insbesondere das Vollstreckungsrecht, ganz an der Erfüllung des Gläubigerinteresses ausgerichtet sind: Klagt der Gläubiger auf Erfüllung, so ist "mehr eingeklagt als die bloße Leistungsanstrengung" (30), wie umgekehrt eine Klage auf das Leistungsverhalten oder gar auf einzelne Erfüllungshandlungen in der Regel als ausgeschlossen gilt (31). In der Vollstreckung wird das Gläubigerinteresse realisiert, regelmäßig ganz ohne Rücksicht auf das tatsächliche oder erwartete Verhalten des Schuldners. Die Art der Vollstreckung richtet sich nach dem typisierten Gläubigerinteresse, das Leistungsverhalten als solches kann nicht jeweils nach § 888 ZPO erzwungen werden (32).

Mit diesen Feststellungen kann und soll nicht "bewiesen" werden, daß es nur den Begriff der Leistung (im Sinne des Leistungserfolges als der Verwirklichung des Gläubigerinteresses) gibt oder geben kann. Es geht nur darum klarzustellen, welcher Begriff einem bestimmten gesetzlichen Regelungszusammenhang zugrunde liegt. Insoweit kann es allerdings nicht zweifelhaft sein, daß unter den erwähnten Aspekten der Erfüllung bzw. der Nichterfüllung die Leistung durch die Perspektive des "Vertragszwecks" im Sinne des anvisierten Gläubigerinteresses definiert wird, die Leistung als der Gesamtvorgang zu begreifen ist, der den Erfolg und Effekt der Verwirklichung dieses Interesses in der Erfüllung bewirkt (33).

---

29) Vgl. die Rspr.-Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242 B RN 518 (keine Berufung auf spätere Unzumutbarkeit der Leistung, wenn eine frühzeitig mögliche Leistungshandlung unterblieben ist.)
30) Esser, LB (2.A.), § 30,6.
31) Vgl. z.B. Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 2 III1;u. 7. Kap.III.
32) Vgl. z.B. OLG Köln, NJW 58,1355.
33) Enneccerus-Lehmann, LB § 1 IV (S.6); auch schon Hartmann, Die Obligation (1875), S.37 ff.; sehr konsequent (aber in der Formulierung zu weitgehend) Leonhard, Schuldrecht, § 17 (S.42 ff.)

Die Leistung erscheint als "die gedankliche Vorwegnahme des Erfolges aller Bestrebungen des Schuldners" (34). Ein solcher auf den Erfolg bezogener und nicht auf das Schuldnerverhalten reduzierter Leistungsbegriff erfordert, wie B l o m e y e r (35) anschaulich herausstellt, Regeln für die Fälle, in denen die dem Schuldner obliegenden Handlungen nicht zum Erfolg führen: Befreiung, Schaffung von Möglichkeiten für den Erfüllungsersatz oder Haftungserleichterungen, falls dieser Erfolg an der fehlenden Mitwirkung des Gläubigers scheitert; allgemein: Gefahrtragungsregeln. Ist man sich über diesen Standpunkt und Zusammenhang einig, so sollte es vermieden werden, von "der Leistung" und ihrem Inhalt auch im Sinne eines - mehr oder weniger umfassenden - Leistungsverhaltens zu reden, jedenfalls nicht, ohne sich über die Veränderung der Perspektive (Haftungs- und Zurechnungsfrage) und den andern Regelungszusammenhang genau Rechenschaft zu geben.

Daß entgegen dem hier herausgestellten Begriff der Leistung als des - das Gläubigerinteresse erreichenden - Leistungserfolges häufig die Leistungshandlungen des Schuldners als der "Inhalt der Leistung" gelehrt wird, resultiert u.a. aus folgendem:

(a) Einmal ist damit - entgegen der mißverständlichen Formulierung - oft gar nicht ein bestimmtes, ex ante genau konkretisiertes Leistungsverhalten gemeint. Dies wurde etwa deutlich bei der ausführlichen Darstellung dieses Problemkreises bei E s s e r (36). Er bemerkte zwar einerseits: "Die Schuldnerpflicht geht nicht auf den Erfolg der Leistung, sondern besteht in den darauf gerichteten Leistungshandlungen, einschließlich des durch den Schuldzweck bedingten vertragsmäßigen Verhaltens" (37). Es wird aber sogleich (38) betont, daß sich die Leistungshandlung nicht in der bloßen Leistungsanstrengung und dem pflichtschuldigen Bemühen erschöpft. Vielmehr "umfasse die Schuld das Erbringen der Leistung, also jenen äußeren Erfolg, mit welchem dem Bekommen-sollen des Gläubigers, seiner Forderung, inhaltlich Genüge getan wird". Die scheinbare Diskordanz dieser Äußerungen erklärt sich offenbar dadurch, daß im ersteren Zusammenhang von jener realisierten Leistungshandlung die Rede ist, die aus der Sicht ex post sich als

---

34) Bruns, Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, Festschrift für H.C.Nipperdey (1965) I, S.3,11.
35) Allg. Schuldrecht, § 2 II3b (S.9).
36) LB (2.A.) § 30: Leistungshandlung und Leistungserfolg.
37) Vgl. auch § 29,1: "Was der Schuldner zur Erreichung des Schuldzwecks zu tun oder zu unterlassen verpflichtet ist, nennen wir die geschuldete Leistung."
38) § 30,6.

im Sinne der Erfüllungsbewirkung konkret erfolgreich erwiesen hat. So erscheint gerade diese als taugliches Mittel zur Erreichung des Vertragsziels, mithin als die geschuldete Leistung. Aus der Sicht ex ante kann dagegen die konkret geeignete und erfolgversprechende Leistungshandlung vielfach nicht abschließend umschrieben werden (39): Dem Schuldner verbleiben mehrere pflichtgemäße Möglichkeiten, so daß ein solcher - wenn auch in sich "pflichtgemäßer" - Leistungsversuch noch nicht die Leistung darstellt, sondern ggf. weitere Bemühungen bis zum endgültigen Erfolg (oder Mißerfolg) anzuschließen sind; der Schuldner hat "den äußeren Erfolg" zu erbringen (40).

(b) Einen konsequent durchgeführten Versuch, die "Leistung" im Sinne des Schuldnerverhaltens zu konzipieren, hat H i m m e l s c h e i n (41) unternommen: Die Leistung bestehe in dem Bemühen des Schuldners um den nach dem Schuldverhältnis bestimmten Erfolg, in der Tätigkeit des Herstellens dieses Erfolges. "Da im Falle der durch nicht zu vertretende Umstände herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird und zwar auch dann, wenn die Unmöglichkeit rein subjektiv ist, ergibt sich aus den §§ 245, 276 und 275 BGB, daß nach dem BGB der Schuldner grundsätzlich nur zu dem redlichen sorgfältigen Verhalten verpflichtet ist"(42), wobei noch hinzugefügt wird, daß jede korrekte Erfüllung eine Menge von akzessorischen Einzelhandlungen, Unterlassungen und Erfolgen voraussetzt, welche sich nicht immer im voraus bestimmen und abstrakt definieren lassen, und daß diese - in der Treu- und Diligenzpflicht zusammengefaßten - Einzelpflichten (z.B. Vorbereitungshandlungen) vielfach nicht selbständig klagbar und direkt erzwingbar seien. - Aus diesem, auf das redliche und sorgfältige Leistungsbemühen reduzierten Leistungsbegriff zieht H i m m e l s c h e i n aber keineswegs die Konsequenz, ein solches obligationsmäßiges Verhalten bereits als "Erfüllung" der Verbindlichkeit zu betrachten; ebensowenig wird der Widerspruch bemerkt, daß auch von einer "Unmöglichkeit" nicht geredet werden könnte, wenn der Schuldner alles pflichtschuldige Verhalten an den Tag gelegt hat, also seine Leistung erbracht hat, das Bemühen aber erfolglos blieb (43).

Das eigentliche Anliegen seiner Konzeption zielt auch in anderer Richtung: Nicht die genannte Reduzierung des Leistungsbegriffs ist das Entscheidende, sondern die gleichzeitige Erweiterung in anderer Dimension: "Die vollständige Leistung ist die exakte Erdüllung der Schuldnerpflicht, der Haupt- wie der Nebenpflicht in

---

39) Vgl. dazu unten S.44 ff.

40) Esser, aaO, § 30, hob von diesem "äußeren (= näheren) Erfolg" noch den "ferneren Erfolg" (= Enderfolg = fernerer Vertragszweck) ab, auf den weitere "Nebenleistungen" bzw. die allgemeine Rücksichtspflicht des Schuldners bezogen werden.

41) AcP 135 (1932), 253 ff.,282 ff.; ders., AcP 158 (1959/60), 273 ff.; im selben Sinne Wicher, AcP 158 (1960), 297.

42) AaO, S.287; ähnliche Formulierungen auch bei Wieacker, aaO, (N.1), S.798.

43) Auf eine andere Unstimmigkeit in der Unmöglichkeitslehre Himmelscheins weist Stoll, AcP 136 (1932), S.257ff.,275, hin.

gegenständlicher (qualitativer), örtlicher und zeitlicher Beziehung" (44). Dieser umfassende Leistungsbegriff, der die Pflicht zur qualitativ korrekten Leistung wie die "Diligenzpflicht" (im weiten Sinn einschließlich des heute als Schutzpflicht bezeichneten Bereichs) umgreift, soll die Möglichkeit schaffen, jeden Verstoß gegen einen Aspekt dieses Gesamtprogramms als nicht vollständige Leistung, also als teilweise Nichterfüllung und damit letztlich auch als "teilweise Unmöglichkeit" einer vollständigen Leistung zu begreifen (45), womit eine unmittelbare Subsumtion aller denkbaren Vertragswidrigkeiten unter die gesetzlichen Kategorien (insbesondere Unmöglichkeit) eröffnet und eine besondere Lehre der "positiven Vertragsverletzung" (sei es als Schlechtleistung, sei es als Verletzung weiterer Verhaltens- oder Nebenpflichten) überflüssig erscheint. - Daß diese Lehre zwar theoretisch durchführbar ist, aber nicht der Konzeption des BGB entspricht, hat S t o l l (46) dargestellt. - Für den vorliegenden Zusammenhang sei nur noch ein Aspekt herausgegriffen: Der H i m m e l s c h e i n 'sche Leistungsbegriff ist offenbar von der Haftung, der Verletzungsfolge her konzipiert. Was der Schuldner insgesamt an sorgfältigem und treugemäßem Verhalten entfalten muß, um eine (Schadensersatz-)Haftung "wegen Verschuldens" zu vermeiden, erscheint als der Inhalt seiner Verbindlichkeit, seiner Leistung.
Dieser Aspekt erklärt gleichzeitig die Schwierigkeit, sich über den "Leistungsbegriff" der gemeinrechtlichen Zivilistik zu verständigen: Der Begriff Leistung im Sinne eines ex ante zu bestimmenden, umfassenden Programms an den Schuldner war kaum Gegenstand eingehender Untersuchung und Darstellung. Die große Entfaltung und Ausfächerung dieses Verhaltens- und Pflichtenprogramms brachte erst die Aufwertung des § 242 im Zuge der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, in deren Folge man erst daran ging, die "Nebenpflichten" in ihrer Bedeutung zu erkennen und positiv zu formulieren und zu analysieren (47). Andererseits war die Lehre von den Vertragsverletzungen durchaus nicht so auf die Kategorie der Unmöglichkeit der Leistung ausgerichtet, wie dies im BGB der Fall wurde (48). Im Mittelpunkt stand vielmehr die Lehre von der Verschuldung. In deren Rahmen erschien die Diligenzpflicht als die positive Seite der culpa, des allgemeinen Verschuldensprinzips. Und hier finden sich auch die unbefangenen Bemerkungen, daß der Schuldner zur custodia oder Diligenz, also der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, verpflichtet sei bzw. in negativer Fassung, den Schuldner treffe die Verpflichtung, alles zu vermeiden, was dem andern Teil Schaden bringen könnte (49);

---

44) Denselben umfassenden Leistungsbegriff lehrt Fikentscher, LB § 8 Ziff. 3 u. 4, mit dem Argument, daß man nur so bei der Verletzung von Nebenpflichten von "Leistungsstörung" sprechen könne, wiewohl er i.ü. die Kategorie der "positiven Vertragsverletzung" beibehält und nicht - wie Himmelschein - die gesetzlichen Formen der Leistungsstörungen (Unmöglichkeit und Verzug) auf die Nebenpflichtsverletzung anwendet.
45) AaO, S.292 ff., insbes. S.295.
46) AaO (N.49); vgl. auch Köpcke, aaO (1. Kap. N.25), S.10.
47) Vgl. Stoll, aaO, S.277 f. m.Nachw.; Himmelschein, AcP 158,291.
48) Vgl. Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, Festschrift für Behler (1907), S.61,64 (Neudruck); Stoll, aaO, S.273; Himmelschein, AcP 135,298.
49) Vgl. Hasse, Die culpa des römischen Rechts (1815), insbes. § 35; Brinz, Pandekten II,1 § 266, S.251.

er hafte also, "wenn er schuldhafterweise nicht erfüllt oder nicht gehörig erfüllt oder wenn er sonst bei Ausführung des Vertrages schuldhafterweise Schaden anrichtet" (50). Mit diesem umfassenden Prinzip der Verschuldenshaftung war in der Tat der ganze Bereich der positiven Vertragsverletzung von der Schadenshaftung her erfaßt; erst die Notwendigkeit, mit den - auf die gegenständliche Hauptleistung zugeschnittenen - Kategorien der Unmöglichkeit und des Verzuges des BGB zu arbeiten, bedingte eine nähere Konkretisierung der geschuldeten Leistung und brachte das "Begleitverhalten" in Gestalt von Nebenpflichten ins Blickfeld - verbunden mit der Erkenntnis, daß hinsichtlich deren Verletzung das allgemeine Culpaprinzip im BGB offenbar nicht mehr explizit zum Ausdruck gebracht war. Dieses Prinzip konnte sonach nur durch eine Rechtsanalogie wieder restauriert werden. Es wäre aber eine Verfälschung, der älteren Zivilistik auf Grund ihrer Aussagen auf der Haftungsebene einen entsprechend weiten "Leistungsbegriff" zu unterstellen (51). Ein solcher existierte durchaus nicht. Ein Satz wie: "Auch Fürsorge, Obhut, Unterlassung vertragswidrigen Verhaltens kann 'geleistet' werden", würde in der gemeinrechtlichen Doktrin vergeblich gesucht werden. Auch für sie stand der Leistungsbegriff (wenn überhaupt) in Bezug auf die Erfüllungswirkung; das Verhalten bei und neben der Erfüllung war nur Gegenstand der Beurteilung im Rahmen der Frage nach der Veränderung der Obligation durch "Verschuldung" (52).

Die Notwendigkeit und Möglichkeit, vom schuldnerischen Leistungsverhalten den darüber hinausgehenden Leistungserfolg abzuschichten, besteht auch bei reinen, nicht "erfolgsbestimmten" Betätigungsschulden (Arbeits-, Dienstleistung) und Unterlassungsschulden (53): Es ist ungenau zu sagen, daß hier Schuldnerverhalten und Verwirklichung des Gläubigerinteresses identisch seien (54) und daraus sogleich zu folgern, der Dienstverpflichtete schulde - als Leistung - prinzipiell nur das ihm bei bester Sorgfalt mögliche Verhalten (55), wobei die Vorstellung anklingt, es sei ein ganz bestimmtes, individuell konkretisiertes Verhalten des Schuldners Gegenstand und Inhalt der Leistung. In Wahrheit ist auch hier aus der Sicht des Gläubigers nicht dieses Verhalten als solches das Objekt seines Interesses (56), sondern wiederum der in seinem Interessenkreis bewirkte Effekt. Auf diesen ist sein Interesse, sein "Bekommensollen" und seine Forderung gerichtet. Der "Erfolg",

---

50) Dernburg, Pandekten (1897) II, § 37, S.102 (Note 1).
51) So aber Himmelschein, aaO, passim.
52) Vgl. Brinz, aaO, § 264 II, § 266.
53) Von dem Variationsbereich im Rahmen des "negativen Sektors" der Leistung einschließlich des Vorbereitungsfeldes wird hier ganz abgesehen.
54) Wieacker, aaO, S.794. 55) Wieacker, S.805.
56) Vgl. Bruns, aaO (N.34), S.13; Siber, JhJb 50,58,239.

um den es hier geht, ist wiederum die in der Erfüllung erzielte Wirkung der Befriedigung des Gläubigerinteresses. Gemeint ist aber nicht ein - im Sinne eines Kausalablaufs - von einem Verhalten getrennt und "später" eintretender Erfolg (wie z.B. beim Versendungskauf), sondern eine bestimmte Perspektive, nämlich jene des Vertragszwecks aus der Sicht des Gläubigers, der durch die Erfüllung erreicht wird.

Dies hat bereits L e s s e r (57) herausgestellt und formuliert: "Faßt man den Begriff des Erfolges vom Gesichtspunkt des Schuldverhältnisses aus, so ist er mit Erfüllung identisch". Erst die durchgängige gedankliche und begriffliche Trennung des Leistungserfolges - im Sinne der Erfüllungswirkung - vom Leistungsverhalten erlaubt die Einsicht, daß auch bei der "fremdbestimmten" Dienstleistung nicht das Schuldnerverhalten als solches, sondern letztlich nur das definierte Gläubigerinteresse vertraglich festgelegt ist (58): Das wird bei Werkverträgen, bei denen es nach der gesetzlichen Definition auf den "Erfolg" ankommt, leichter eingesehen, obwohl auch hier - wie etwa bei einem Transport, einer Operation usw. - das Resultat sich "nahtlos" aus der entfalteten Tätigkeit ergibt. Aber für diese Tätigkeit ist dem Schuldner ein relativ weiter Spielraum mit entsprechendem Risiko des Scheiterns offengelassen. Dies gilt im Prinzip aber auch für die Dienstverträge: Die Hausangestellte hat z.B. das Zimmer zu reinigen, nicht bloß eine ungeschickte Geschäftigkeit an Ort und Stelle zu entfalten. Der Haus- oder Musiklehrer hat durch seine weitgehend freibestimmte Tätigkeit einen gewissen "Lehrererfolg" zu erzielen. Auch im Falle der äußersten Fremdbestimmung des Arbeiters am Fließband hat dieser eine gewisse, wenn auch sehr eingeschränkte, Ausführungsfreiheit, um die den Weisungen und dem Organisationsplan des Dienstherrn entsprechenden Teil- und Zwischenergebnisse seiner Tätigkeit zu entwickeln (59). Aus diesen Gründen führen alle Versuche, den Werk- vom Dienstvertrag anhand irgendwelcher Umschreibungen des "Erfolges im Sinne des Werkvertrages" abzugrenzen, zu den typisch begriffsjuristischen Unzulänglichkeiten (60). Die Frage kann nur dahin gehen - was schon R ü m e l i n (61) entwickelt hat -, ob die Vertragsanlage derart ist, daß aus der dem Schuldner überlassenen Freiheit bei der Leistungstätigkeit im Hinblick auf den Vertragserfolg eine entsprechende Gefahr einer Verfehlung, eines Mißlingens des Unternehmens eingeschlossen ist. In solchen Fällen bedarf es der entsprechenden Regeln der "Risiko- und Gefahrtragung", beim 'Werkvertrag' zu Lasten des Schuldners. Ist der Auswahlbereich des Schuldners sehr eingeschränkt, so trägt der Gläubiger kraft dieser Organisations- und Leitungszuständigkeit die Mitverantwortung am Erreichen

---

57) Lesser, aaO (N.1), S.74 ff., 85 ff.
58) Bruns, aaO, S.15, spricht von dem statischen Begriff der Leistung.
59) So richtig Bruns, aaO, S.14.
60) Vgl. die vom BGH JZ 66,680, für notwendig gehaltenen begrifflichen Deduktionen aus "Erfolg" und "Leistungsphasen" bei der Architektenleistung.
61) Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S.16 ff.

seines Vertragsinteresses (62). Das Unternehmerrisiko kennzeichnet sonach - als Korrelat der unternehmerischen Dispositionsfreiheit - den Werkvertrag; dementsprechend ist aus der Vertragsanlage und dem Parteiwillen zu entnehmen, welcher Freiheitsbereich dem Schuldner eingeräumt wurde und wen dementsprechend die Gefahr eines erfolglosen Einsatzes und Bemühens treffen soll.

Im Prinzip kann auch bei solchen Leistungen, die in reinen Verfügungen bestehen, der Leistungserfolg, auf den das Gläubigerinteresse zielt, von der Leistungstätigkeit abgehoben werden: Zwar bleibt dem Schuldner hier - anders als selbst bei der streng weisungsunterworfenen Dienstleistung - praktisch keine autonome Entscheidungsmöglichkeit bei der Auswahl und Vornahme der "Leistungshandlung" selbst (63). Immerhin obliegen ihm auch nach Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärungen verschiedenartige Unterlassungen, um den Leistungserfolg nicht zu vereiteln, er darf z.B. die Eintragungen nicht hintertreiben oder das Recht nicht noch anderweitig übertragen. Im übrigen kann auch hier grundsätzlich festgestellt werden, daß Schuldnerverhalten und Verwirklichung des Gläubigerinteresses nicht identisch sind, sondern aus der Perspektive des Gläubigers der Vertragszweck sich in der erzielten Wirkung des Rechtserwerbs, nicht in dem speziellen Gläubigerverhalten konzentriert.

Schließlich kann noch angemerkt werden, daß bei Unterlassungsschulden ein bestimmtes Verhalten des Schuldners gar nicht in Rede steht, sondern der Zweck der Obligation ganz in der Respektierung eines Gläubigerinteresses (z.B. Unterlassung von Wettbewerb) kulminiert. Die spezielle Tätigkeit oder Untätigkeit des Schuldners interessiert als solche überhaupt nicht. "Unterlassungsgebote sind von Haus aus Erfolgsbegriffe" (64).

2. Die "geschuldete" Leistung.

Im Verhältnis zu der Leistung wird mit dem Begriff der Schuld das "Gebots- und Sollensmoment", das den Schuldner in Bezug auf die Leistung trifft, angesprochen: Die Schuld kennzeichnet das

---

62) Vgl. auch Lesser, aaO, S.87,88: Gegenstand eines Werkvertrages können überhaupt nur Unternehmungen sein, bei denen eine gewisse Gefahr des Mißlingens besteht. - Dementsprechend ist auch im Rahmen eines Werkvertrages das Risiko des Schuldners z.T. eingeschränkt, soweit er einzelnen speziellen Weisungen des Gläubigers nachzukommen hat.

63) Die Möglichkeit unterschiedlicher Formulierung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung oder, bei vertretbaren Objekten, die Rechtsübertragung von dritter Seite direkt an den Gläubiger vornehmen zu lassen, kann dabei außer Betracht bleiben.

64) Bruns, aaO, S.17; Siber, JhJb 50,58,188 ff. weist i.ü. darauf hin, daß auch das pflichtschuldige "Leistungsverhalten" bei Unterlassungsschulden u.U. sogar eine aktive Tätigkeit erfordert.

Bekommensollen der Leistung durch den Gläubiger (65). Der Schuldbegriff zeigt dieselbe Vieldeutigkeit wie der der Leistung: In der gegenwärtigen Literatur wird von "schulden" im Sinne eines Rechtsgebots an den Schuldner sowohl in Bezug auf ein Leistungsverhalten wie auf die Bewirkung des Leistungserfolges schlechthin geredet. Mit dem Wort Schulden verbindet sich zwar in gewissem Sinn die Vorstellung eines persönlichen Imperativs, der - angeblich - nur als solcher auf ein bestimmtes schuldnerisches Verhalten vorgestellt werden kann (66). Man ist aber offenbar nicht gehindert, den Begriff der Schuld - im Einklang mit dem obigen Leistungsbegriff - im weiteren Sinn einer quasi unindividualisierten Intentionalität auf die Bewirkung des Leistungserfolges zu verstehen, was in der Formulierung Bekommensollen anschaulich wird.

Diesen auf den Leistungserfolg als der objektiven Zielerreichung der Obligation (67) bezogenen Begriff der Schuld hat vor allem S i b e r (68) herausgearbeitet: Schuld im Sinne des Bekommensollens ist kein auf die Leistungstätigkeit bezogenes Rechtsgebot an den Schuldner, sondern eine durch solche Rechtsgebote gesicherte Erfolgsanwartschaft, die erreicht werden kann, auch wenn der Schuldner ungehorsam ist, die aber auch fehlschlagen kann, selbst wenn er gehorsam ist, d.h. z.B. alles von seiner Seite Erforderliche getan hat und die Erfüllung nur an der Annahmeverweigerung des Gläubigers gescheitert ist.

Es erscheint empfehlenswert, diesen auch in der gegenwärtigen Doktrin verbreiteten Schuldbegriff (69) festzuhalten, um eine notwendige sprachliche und gedankliche Differenzierung zu dem Begriff der "Pflicht" des Schuldners (Leistungspflicht, Verhaltenspflicht usw.) zu ermöglichen und Aequivocationen zu vermeiden (70), die häufig genaueren und unmißverständlichen Aussagen über das "pflichtgemäße Verhalten" des Schuldners im Wege stehen.

Zur Verdeutlichung des hier herausgestellten Begriffs der Schuld kann noch auf einige Bemerkungen W i e a c k e r s (71) hinge-

---

65) So Esser, LB (2.A.), § 30,6; grundlegend die Untersuchungen von Siber, insbes. JhJb 50,58 ff.; vgl. auch Grundriß S.7.
66) Vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht, S.178.
67) Bruns, aaO, S.15.
68) AaO (N.65), sowie bei Planck-Siber, Vorb.III, S.20 ff.
69) Vgl. z.B. Esser, LB (2.A.) § 30,6; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 2 III.
70) Die terminologische Differenzierung wird auch von Bruns, aaO, S.20 FN 67, vorgeschlagen; Blomeyer, aaO, S.9, macht auf den Doppelsinn von "Schuld" aufmerksam; beide Bedeutungen erscheinen in einem Satz z.B. bei Esser, LB (1.A.), S.33: "Geschuldet ist das zum Erfolg notwendige Verhalten, gehaftet wird für das geschuldete (!) Ergebnis."
71) AaO (N.1).

wiesen werden: W i e a c k e r legt gleichfalls den erfolgsbezogenen Leistungsbegriff zugrunde und fragt, welchen Sinn dabei die Aussage, der Schuldner "schulde" die Leistung, d.h. den Eintritt des Leistungserfolges, haben könne. Er konzediert einerseits, daß es "natürlich richtig sei", daß der Schuldner vertragsmäßiges Verhalten, also gerade die Leistungshandlung schulde (72). Im übrigen könne die Frage, ob der Schuldner auch den Erfolg der eigenen Leistungshandlung schulde, im Hinblick auf die Unmöglichkeitsregelung (impossibilium nulla est obligatio) nur die Fassung annehmen, ob der Schuldner auch für den Erfolg "einstehe", d.h. auch dann auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hafte, wenn trotz vorwurfsfreien Verhaltens das Gläubigerinteresse nicht verwirklicht sei. Soweit dies der Fall sei - so bei der "Einstandspflicht" bei anfänglichem Unvermögen, der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers und Vermieters und in gewissem Sinn bei der Gattungsschuld - schulde der Schuldner nicht nur ein sorgfältiges, obligationsmäßiges Leistungsverhalten, sondern den Leistungserfolg schlechthin. Dies gilt - wie ergänzt werden kann - noch allgemeiner bei Beschaffungs- und Garantieschulden (73). Im übrigen, d.h. im Rahmen der "normalen Verschuldenshaftung" (74), wird der Schuldner bei sorgfältigem obligationsmäßigem Verhalten und Bemühen von der primären Leistungsverbindlichkeit wie von einer Schadenshaftung frei, wenn der Erfolg ausbleibt. Er schulde insoweit also nicht den Leistungserfolg, sondern nur ein pflichtmäßiges Verhalten.

Die Darlegungen W i e a c k e r s zeigen einmal, daß es jedenfalls nicht möglich ist, durchgängig nur ein bestimmtes Schuldnerverhalten (Leistungsverhalten) als Gegenstand der "Schuld" des Schuldners zu sehen - auch sofern dieser Begriff von der Haftung her konzipiert wird: In vielen Fällen wird vom Schuldner in der Tat ein - "irgendwie zu bewerkstelligender" - Erfolg erwartet, so daß er, jedenfalls im Sinne der Sekundärhaftung, trotz eifrigen Bemühens nicht entlastet wird, gleichgültig, welche Anstrengungen er zur Herbeiführung des Erfolges unternommen hat. Umgekehrt ist aber auch bei den genannten Garantieschulden (75) der Erfolg nicht

---

72) AaO, S.798, unter Hinweis - FN 41 - auf Larenz, Esser, Lehmann.

73) Esser, LB (2.A.), § 57,4 u. 5; § 30,4 (bei Garantieschuld: Enderfolg geschuldet).

74) Von den "Garantieelementen" des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabes und der Zurechnung des Verhaltens (Verschuldens) des Erfüllungsgehilfen abgesehen.

75) Vgl. auch Löwisch, AcP 165 (1965), S.421,435 f., der in Fällen der Garantieschulden i.w.S. (Gattung, Beschaffung, Gewährleistung) einen erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff lehrt.

in dem Sinne geschuldet und garantiert, daß dem Gläubiger die primäre Leistung schlechthin sicher ist; auch hier kann die Erfüllung, die Schuldtilgung durch Unmöglichkeit oder Unvermögen des Schuldners ausbleiben, so daß auf die Haftungsebene ausgewichen werden muß.

Es besteht also kein zwingender Anlaß, den auf das Gläubigerinteresse bezogenen Schuldbegriff nur auf solche Garantieschulden, nicht aber schlechthin bei jedem Schuldinhalt (auch soweit eine "Einstandspflicht" nur im Rahmen des Verschuldens besteht) anzuwenden. Die Differenzierung wird erst auf der sekundären Haftungsebene von Interesse: ob sich der Schuldner mit dem Hinweis und Beweis seiner pflichtmäßigen Anstrengung entlasten kann oder ob er trotz noch so großer Vorsicht und Bemühung und noch so unvorhersehbarer Hindernisse auf Schadensersatz haftet. Sofern der Schuldner mit seinem Leistungsversprechen nicht einer solchen Garantie-, sondern nur einer Verschuldenshaftung unterliegt, ist es aber auch nicht geboten, seine Schuld nur auf dieses Leistungsbemühen zu beschränken. B r u n s (76) bemerkt richtig: "Die Tatsache, daß die Leistung durch Handlungen des Schuldners bewirkt wird, legt die Verwechslung nahe, daß genau die hic et nunc vollzogenen Handlungen auch 'geschuldet' wären". Dem sollte durch einen umfassenderen, sozusagen statischen Begriff der Schuld als der allgemeinen Ausrichtung der Schuldnerseite auf das Bekommensollen des Gläubigers vorgebaut werden (77).

II. Die Pflichtbindung des Schuldners im Schuldverhältnis.

Sofern in der gegenwärtigen Doktrin von Pflicht, Rechtspflicht, Schuldpflicht (78) gesprochen wird, ist dabei regelmäßig an einen rechtlichen Imperativ, gerichtet auf eine bestimmte vom Schuldner zu entfaltende Tätigkeit, gedacht, an einen Befehl der Rechtsordnung (79), der sich an den Willen des Schuldners richtet (80). Diese Pflicht des Schuldners zu zweckdienlichem Verhalten im Hinblick auf den zu erreichenden Schuldzweck lasse sich als eine echte Rechtspflicht, ein Postulat der Rechtsordnung nur denken, wenn sie sich zeige, solange das geforderte Verhalten noch nicht

---

76) AaO, S.15.
77) Bruns, S.15.
78) Blomeyer, aaO (N.69), S.9: Rechtspflicht des Schuldners zu einem bestimmten Verhalten; Esser, LB (2.A.), § 30,1: Die Schuldpflicht geht nicht auf den Leistungserfolg, sondern besteht in den darauf gerichteten Leistungshandlungen.
79) v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, S.93.
80) Wenn auch als "heteronomes Sollen" im Gegensatz zum "autonomen" einer moralischen Pflicht, vgl. Larenz, AT § 18 II, S.221. - Bruns, aaO, S.13, erinnert in diesem Zusammenhang an die Fragwürdigkeiten der Imperativentheorie.

eingetreten sei (81), nicht erst wenn es gelte, ein tatsächliches Verhalten des Schuldners zu bewerten (82).

Das dem Schuldner "obliegende Verhalten" kann sowohl als Gegenstand einer an den Schuldner gerichteten Bestimmungsnorm ex ante als auch einer Bewertungsnorm ex post begriffen werden. In beiden Richtungen kann gefragt werden, wie weit damit ein konkretes Schuldnerverhalten, das der (Leistungs- oder Verhaltens-)Pflicht entsprechen soll, festgelegt wird.

1. Die Leistungspflicht: Determination des Leistungsverhaltens ex ante?

(a) Hier ist zunächst - im Anschluß an die obigen Erörterungen (Kap. 2) - an den grundsätzlich umfassenden Charakter der Pflichtunterworfenheit des Schuldners während des Erfüllungszeitraums zu erinnern. Der gesamte Bereich des dem Schuldner im Hinblick auf den Vertragserfolg angesonnenen "pflichtmäßigen Verhaltens" ist äquivalent. Im Hinblick auf die Intensität der Pflichtbindung können die "eigentliche Leistungspflicht" und ein Bereich "weiterer Verhaltenspflichten" (z.B. zur Vorbereitung der Leistung) nicht in Gegensatz gebracht noch gar ein Sektor der pflichtenfreien Erhaltung der (gegenständlichen oder persönlichen) Leistungsfähigkeit abgesetzt werden. Jeder Ausfall, jedes Versagen in einem (negativen oder positiven) Teilaspekt dieses Gesamtbereichs kann ein Ausbleiben des Erfolges bedingen, mithin eine "Leistungsstörung" begründen (- falls der Schuldner den Fehler nicht durch anderweitigen Einsatz kompensieren kann).

Ob der Schuldner die versprochene Arbeitsleistung (z.B. Herstellung einer Maschine) nicht bewerkstelligt, weil er die Materialien nicht rechtzeitig besorgt, weil er mangels erforderlicher Wartung einen Ausfall seiner Betriebsanlagen hat, weil er sich

---

81) Planck-Siber, Vorb. III C 1, S.24.

82) Auf die nicht seltenen, aber im Interesse einer eindeutigen Verständigung möglichst zu vermeidenden Aequivocationen, in denen Pflicht im soeben bezeichneten Sinn mit Schuld gleichgestellt wird (z.B. Fikentscher, LB § 7, Ziff.6/2), oder umgekehrt von Leistungspflicht im Sinne des oben propagierten erfolgsqualifizierten Schuldbegriffs gesprochen wird, (z.B.: trotz korrekten Leistungsverhaltens bleibe die Leistungspflicht als solche u.U. unerfüllt, z.B. Larenz, LB I, § 2, S.6 FN 3), sei nochmals aufmerksam gemacht.

einer anderen Arbeit zuwendet oder einfach nicht rechtzeitig mit der Arbeit beginnt, ja selbst weil er nach Abschluß aller Arbeiten und Versendung des Werkes (§ 644 Abs. 2) noch eine Gegenorder gibt oder das Werk anderweitig absetzt (83) oder zerstört - die Wirkung ist stets dieselbe: Pflichtwidrige Nichterfüllung seiner Schuld, oder im einzelnen: Verletzung der Pflicht, rechtzeitig Materialvorräte zu beschaffen, die eigenen Geräte zu warten, keine anderweitige Tätigkeit aufzunehmen, das Vertragsobjekt nicht anderweitig abzusetzen usf. Aus dieser Summe konkret formulierter Einzelpflichten eine Leistungspflicht und weitere Verhaltenspflichten zu scheiden und sie hinsichtlich ihrer Bestimmtheit zu differenzieren (84), erscheint willkürlich.

Wird das - von der Wirkung her gleichwertige - pflichtgemäße Verhalten des Schuldners im Sinne der Unterlassung erfolgsvereitelnder Maßnahmen konsequent miteinbezogen, so verlieren auch Sätze wie der folgende ihre volle Berechtigung: "Oft endet die dem Schuldner obliegende Leistungstätigkeit schon vor Eintritt des Leistungserfolges - namentlich bei Schickschuld. Es besteht damit zwischen dem Abschluß der Leistungstätigkeit und der Erfüllung ein Zwischenraum, in dem keine der Parteien tätig werden braucht." (85)

Den Schuldner trifft jedenfalls auch in diesem Zwischenraum die Rechtspflicht (als Nebenpflicht?), kein dem Vertragserfolg entgegenstehendes Verhalten zu entfalten, evtl. aber auch zu positiven Maßnahmen, z.B. Mitteilungen u. Informationen, auch - unvorhergesehene - weitere Erhaltungsmaßnahmen zu treffen (86). Bei einer Gattungsschuld ist der Schuldner u.U. auch ungehindert, die Konzentration rückgängig zu machen (87), so daß er - wiederum - zu weiteren positiven Leistungshandlungen verpflichtet bleibt.

Aber auch der Zeitpunkt der Erfüllungswirkung bedeutet nicht unbedingt einen wesentlichen Einschnitt: Auch danach wird vom Schuldner pflichtgemäße Rücksicht auf die Bewahrung des Erfolges erwartet: sei es, daß er u.U. zu einer "Wiederholung" der Leistungshandlung gehalten ist (88), sei es daß er den Gläubiger

---

83) Oertmann, aaO (N.1), S.363, spricht auch insoweit bezeichnenderweise von (sekundären) "Leistungshandlungen".
84) Vgl. in diesem Sinn Larenz, LB I, § 2 I, S.6 u. 7.
85) Planck-Siber, Vorb. III C 1, S.24.
86) Auch während des Annahmeverzuges hat der Schuldner die zu liefernde Sache sorgfältig (wenn auch unter gemilderten Haftungsanforderungen) aufzubewahren usw. - wie er auch einen evtl. Selbsthilfeverkauf sorgfältig vorzunehmen hat, vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, § 300 Anm.2.
87) Vgl. Medicus, JuS 66,297 ff.
88) Z.B. wenn die dem Käufer verloren gegangene Sache zufällig wieder an den Verkäufer gerät.

aktiv bei der Erhaltung des Leistungserfolges zu unterstützen hat (89), sei es schließlich durch Unterlassung eigener Maßnahmen, die den erzielten Erfolg wieder vereiteln könnten (90). Auch dieser - teils als sonstige, teils als nachwirkende Treupflichten bezeichnete - Bereich des Schuldnerverhaltens unterscheidet sich in Intensität und Struktur der Pflichtbindung nicht von dem vorausgegangenen "Leistungsverhalten".

Die Übergänge sind u.U. auch fließend: Richtet der Vermieter einer "hochherrschaftlichen Wohnung" im Stockwerk darüber eine Krankenanstalt ein (91), so verletzt er seine Leistungspflicht auf Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs durch ein pflichtwidriges Verhalten; verbaut dagegen der Verkäufer einer im Hinblick auf die landschaftliche Lage erworbenen Grundstücks dem Käufer nachträglich die Aussicht (s.o.), so wird dies nicht mehr mit der Leistungspflicht in Zusammenhang gebracht (92). - Ebenso macht es - was die Natur der Pflichtbindung betrifft - offenbar keinen entscheidenden Unterschied, ob Z., der sich zur Zession einer Forderung verpflichtet hat, diesen Leistungserfolg dadurch verhindert, daß er die Forderung vor oder nach der Abgabe der Zessionserklärung vom nichtsahnenden Drittschuldner einzieht (93). - Im Falle eines Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt ist es umstritten, ob der Verkäufer mit der Übertragung bedingten Eigentums seine Schuld erfüllt hat oder nicht (94); je nachdem erscheint ein gegenläufiges Verhalten des Schuldners noch als Vereitelung der Leistung oder schon als Verletzung einer nachwirkenden Treupflicht.

Es kann selbstverständlich nicht verkannt werden, daß innerhalb des so umrissenen gesamten Verhaltensprogramms des Schuldners einzelne Maßnahmen oder Handlungen für die Zweckerreichung wirtschaftlich von entscheidender Bedeutung sind, sich insofern als "eigentliche Leistung" darstellen. Allein von der rechtlichen Wertung und Intensität der Pflichtanforderungen ist eine Gleichwertigkeit der (positiven und negativen) vom Schuldner zu wählen-

---

89) Bei der Einweisung und Beratung in Gebrauch u. Nutzung des Leistungsobjekts - oder bei der Verteidigung oder Sicherung der erlangten Position gegen Dritte; vgl. Rspr.-Nachweise bei Köpcke, aaO (1. Kap. N.25), S.70.

90) Berühmt RGZ 161,330: Verkäufer darf nicht nachträglich dem Käufer eines Baugrundstücks die Aussicht verbauen.

91) KG OLGE 10,163.

92) S.o. N.90; Esser, LB (2.A.), § 29,6b: "Nachwirkende Treupflicht".

93) Vgl. RGZ 112,373; 111,303: Der Zedent ist auch nach geschehener Abtretung vertraglich gehalten, alles zu unterlassen, was dem Zessionar die Einziehung der Forderung beeinträchtigt.

94) Vgl. z.B. schon Oertmann, ZHR 93,359,390; Esser, LB (3.A.) II, § 65 I 1a.

den und zu erbringenden Anstrengungen zu konstatieren.

(b) Allerdings kann die Vorstellung einer Summe im einzelnen ex ante abschließend festgelegter Einzelanforderungen an den Schuldner durch die an ihn gerichtete Rechtspflicht nicht zutreffen. Da das pflichtgemäße Verhalten des Schuldners nur als die generelle Ausrichtung seiner Leistungstätigkeit auf den Obligationserfolg definiert werden kann, ergibt sich für ihn u.U. die Notwendigkeit, sein pflichtgemäßes Verhalten zu wiederholen, auch wenn ihn an dem Fehlschlag des ersten Versuchs kein Vorwurf treffen kann, d.h. das Bemühen und der Einsatz an sich den pflichtgemäßen Anforderungen genügten. Dies ist etwa mit der Bemerkung E s s e r s (95) gemeint, die - "geschuldete" - Leistungshandlung erschöpfe sich nicht in der pflichtschuldigen Anstrengung, sondern umfasse die Handlungen, die zur "Bewirkung der Leistung durch den Schuldner erforderlich sind", - oder mit einer Formulierung von S i b e r (96): "Die Pflicht des Schuldners geht zwar nicht auf Herstellung des Erfolges, aber auf ein Verhalten, das bis zum Erfolgseintritt fortzusetzen und nötigenfalls zu wiederholen ist".

Dies ist besonders deutlich beim Werkunternehmer, der auch nach Abschluß seiner Tätigkeit das Werk erneut in Angriff zu nehmen hat, wenn dies - vor Abnahme und Übergabe - untergeht. Dasselbe gilt für Beschaffungs- und Gattungsschulden (bis zur Konzentration) und im Prinzip auch für die sonstigen Schulden: selbst der Dienstverpflichtete hat ein Leistungsverhalten, das mißlingt oder sich als nicht zweckgerecht erweist, ggf. zu wiederholen.

Demgemäß ist ein Schuldner, der verschiedene bestehende Möglichkeiten einer erfolgversprechenden Leistungstätigkeit verstreichen ließ, nicht entlastet, wenn ihm die letzte noch verbleibende Möglichkeit "unverschuldet" mißlingt, er sich insoweit also nicht "pflichtwidrig" verhält (97).

(c) Das Leistungsverhalten des Schuldners erscheint demnach grundsätzlich in seiner konkreten Ausführung ex ante nicht festgelegt und bestimmt; es sind keine im voraus konkretisierten, hio

---

95) LB (2.A.), § 30,1. 96) Grundriß, S.7 FN 2.
97) Vgl. zu diesem Aspekt die Ausführungen und Beispiele bei Löwisch, AcP 165,421,431,447 ff. sowie oben bei N.29.

et nunc vollziehbaren Handlungen "in obligo". Wie es dem Recht im Schuldverhältnis prinzipiell nur auf den gewünschten Erfolg, die Schulderfüllung ankommt, so richtet es sich auch, soweit es sich - als "Mittel zum Zweck" (98) - über die persönliche Rechtspflicht an das Verhalten des Schuldners wendet, nicht auf spezielles, individualisiertes, sondern nur auf ein insgesamt zweckvolles und erfolgversprechendes Verhalten. Dem Schuldner verbleibt demnach ein mehr oder weniger großes Maß an Dispositions- und Ausführungsfreiheit (99) bei der Konzeption seiner Leistungshandlungen; diese bleiben austauschbar und substituierbar durch eigenes andersartiges oder fremdes Leistungsverhalten.

Der Schuldner kann einen umständlichen, unökonomischen Aufwand treiben oder in besonders rationeller und zweckvoller Weise vorgehen; insbesondere bleibt ihm in der Regel das Maß des Einsatzes von Hilfskräften unbenommen, was soweit gehen kann, daß das Leistungsverhalten insgesamt von einem Dritten erbracht wird (§ 267) (100). Legen die Hilfskräfte oder der Dritte ein Verhalten an den Tag, das den Leistungserfolg beim Gläubiger zu bewirken geeignet ist, so kommt dieser in Annahmeverzug, wenn er es ablehnt, diesem Verhalten durch seine Abnahme vollends zum Erfolg zu verhelfen. Er kann den Schuldner nicht zu einem bestimmten Leistungsverhalten in eigener Person nötigen (101) - von gewissen Einschränkungen bei höchstpersönlichen Leistungspflichten abgesehen (102).

Ist die Bindung des Schuldners unter dem Pflichtgebot durch diese Unbestimmtheit der konkreten Verhaltensanforderungen und durch die ihr entsprechende Gestaltungsfreiheit charakterisiert, so ist es ungeschickt, gerade hierin das Unterscheidungsmerkmal zwischen den sog. weiteren Verhaltenspflichten und den - angeblich im voraus genau bestimmten - Leistungspflichten zu sehen (103),

---

98) Vgl. v. Tuhr, aaO (N.79); Zeuner, JZ 66,1,7.
99) Bruns, aaO (N.34), S.15.
100) Vgl. Esser, LB (2.A.), § 37,1: Auch wenn die Schuld stets eine persönliche Verbindlichkeit bedeutet, muß die Leistung nicht notwendig persönlich geschehen.
101) Vgl. Oertmann, aaO (N.94), S.367: Das Wesen des Forderungsrechts kann nicht in dem Recht auf Leistungshandlungen als solchem bestehen. - Vgl. dagegen v. Savigny, Obligationenrecht (1851) I, S.4: Die Forderung besteht "in der Herrschaft über eine Person, jedoch nicht über die Person im ganzen, wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben würde, sondern über einzelne Handlungen derselben, die als aus ihrer Freiheit ausscheidend und unserem Willen unterworfen gedacht werden müssen."
102) Bei denen jedoch die Beiziehung von Hilfspersonen gleichfalls nicht völlig ausgeschlossen ist, vgl. Esser, aaO.
103) Insbes. Larenz, LB I, § 2 I, S.7.

denn "welche Handlungen und Unterlassungen der Schuldner auf seiner Seite zur Erfolgsherstellung erbringen muß, kann man nicht allgemein inhaltlich festlegen" (104). Die "Bestimmtheit der Leistungspflichten", die - im Gegensatz zu den weiteren Verhaltenspflichten - ein Einfordern mittels Leistungsklage ermögliche, kann daher keine konkrete Determination des Leistungsverhaltens des Schuldners bedeuten; ihm bleibt auch hier eine Freiheit zu spontaner und autonomer, auf die Umstände und die Situation bezogener Gestaltung des "pflichtgemäßen Verhaltens".

Innerhalb dieses Gesamtbereiches einzelne Aspekte herauszugreifen und als Einzelverhaltenspflichten zu formulieren, wirkt nicht nur oft grotesk (- etwa eine Pflicht, sich nicht vor Dienstantritt zu betrinken, oder als Dachdecker keine brennende Zigarette in den Dachstuhl zu werfen (105) -), sondern kann auch sachlich irreführend sein: Den Verkäufer trifft in der Tat nicht die Pflicht, das Verkaufsobjekt nicht vor Übergabe anderweitig abzusetzen, oder den Unternehmer die Pflicht, seine Geräte nicht zu zerstören, sofern sie sich den Rückerwerb sichern bzw. sich andere (bessere) Geräte beschaffen wollen und können (106). Ebensowenig besteht daher in der Regel eine Pflicht, zu einem bestimmten Zeitpunkt mit einzelnen Vorbereitungen oder der Ausführungshandlung zu beginnen, sofern der Schuldner Dispositionen treffen kann, die die termingerechte Vollendung gewährleisten (107). - Es ist daher auch unmittelbar einsichtig, daß derart formulierte weitere Verhaltens- oder sekundäre Nebenpflichten, wie auch einzelne Ausführungshandlungen, nicht als solche erzwungen und eingeklagt werden können, da der Schuldner nicht durch derartige "Einzelpflichten" auf ein bestimmtes Verhalten festgelegt ist.

2. Leistungspflicht und Verhaltenspflicht im Rahmen der Haftungsfrage.

Trifft den Schuldner eine Schadensersatzhaftung, weil der geschuldete Erfolg infolge der Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt nicht erreicht wurde, weil es also an dem vom Schuldner erwarteten Einsatz und Aufwand und an der Rücksichtnahme auf den Leistungszweck fehlte, so ist damit konstatiert, daß der Schuldner gegen eine Pflicht verstoßen hat, die ihm gerade

---

104) Oertmann, aaO, S.375; sehr deutlich Bruns, aaO, S.13 f.; Himmelschein, aaO (N.41), S.287 ff.
105) Fikentscher, LB § 47 III, S.253.
106) Esser, JZ 63,489; Siber, Rechtszwang, S.87.
107) Vgl. Erman, JZ 60,297,299.

das von ihm an den Tag gelegte Verhalten untersagen und ihm ein anderes, zweckvolleres abverlangen wollte. Es ist zu fragen, ob damit aus der Sicht ex post, bei der Entscheidung über die "Pflichtverletzung", eine genaue Festlegung dessen erfolgen kann und muß, was vom Schuldner als pflichtgemäßes Verhalten zu erwarten gewesen wäre.

Gegenstand der nachträglichen Wertung ist das konkrete, vom Schuldner gewählte Verhalten, jene Leistungshandlungen, für die er sich aus der Breite der - ex ante nicht abschließend beschriebenen - Möglichkeiten "autonom" entschieden hat (108). Das Verfehlen des Leistungszieles ist Anlaß, auf das dahinterliegende Verhalten des Schuldners zurückzufragen, welches als der Rechtspflicht gemäß oder ihr widersprechend beurteilt wird. Zu diesem Zweck werden - aus der rückblickend nachvollzogenen Situation des Schuldners beim Leistungsversuch - jene Pflichten und Verhaltensanforderungen konkretisiert und formuliert, die den Schuldner getroffen haben und denen er hätte genügen sollen: Er hätte sich frühzeitiger mit Rohmaterialien eindecken, eine anderweitige Tätigkeit unterlassen, eine vorschriftsmäßige Berechnung ausführen sollen usf. Diese "Konkretisierung der Handlungspflichten vom Verschulden her" (109), die Interdependenz des Verschuldens- und Rechtswidrigkeitsurteils (i.S. einer Pflichtwidrigkeit) (110) wird gegenwärtig - vor allem im Rahmen der Diskussion des Rechtswidrigkeitsbegriffs im Deliktsrecht - vielfach festgestellt. Für den vorliegenden Zusammenhang muß auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen werden.

(a) Der Pflichtmaßstab im Rahmen der Zurechnungsfrage ist - trotz der Formulierung des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB, die scheinbar auf die abstrakte Norm der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verweist - nichts von außen an das Schuldverhältnis Herangebrachtes. Das "Verkehrserforderliche" im Vertragsrecht wird durch Typ, Anlage und Eigenart des speziellen Vertrages, letztlich durch den individuellen Parteiwillen (allenfalls ergänzt durch eine Vertragsauslegung unter Bezugnahme auf die Verkehrssitte) bestimmt (111). Wird dabei beachtet, worauf Z e u n e r (112) besonders hinweist, daß das Verschulden auch insoweit ein fundierendes Element für die Konkretisierung der Handlungspflichten und damit des Obliga-

108) Deutlich vor allem Bruns, aaO, S.16.
109) Zeuner, JZ 66,1,5,7.
110) Löwisch, aaO (N.97), S.428.
111) Esser, JZ 63,490 f.
112) AaO.

tionsinhalts darstellt, als die Situationsbedingtheit der Verhaltensgebote auch durch die "innere Einstellung", d.h. durch aktuelle Kenntnisse (113) und Einsichtsmöglichkeiten, aber auch durch persönliche Opfergrenzen (Pflichtenkollision) usw. bestimmt wird, so zeigt sich, daß das aus der Zurechnungsperspektive gewonnene Pflichtgebot genau den auf die jeweilige Vertragsabwicklungslage gedanklich bezogenen Obligationsinhalt umschreibt: "Geboten erscheinen diejenigen - nach Eigenart und Funktion des Schuldverhältnisses überhaupt in Betracht zu ziehenden - Handlungen, zu denen man in der jeweiligen Stellung des Schuldners kommt, wenn man dem obligationsmäßigen Interesse des Gläubigers in gehöriger Haltung und Einstellung begegnet" (114). Es ist also eine sachlich gleichwertige, komplementäre Betrachtungsweise möglich: Es kann im Rahmen des § 276 die Frage nach der "erforderlichen Sorgfalt" gestellt und dabei ganz auf die jeweilige tatsächliche, auf die individuelle Vertragsanlage bezogene Situation abgehoben werden oder von vornherein, vor dem Hintergrund des § 242, die Verhaltenserwartungen an den Schuldner im Hinblick auf die Schulderfüllung in Form von Verhaltenspflichten formuliert und dabei die sachliche Determination durch das betont werden, was unter den jeweiligen Umständen sachgerecht, vernünftig und zumutbar ist und darum erfolgen soll (115).

(b) Was hier für das allgemeine Leistungsverhalten gesagt wurde - nachträgliche Konkretisierung der Verhaltenspflicht aus der jeweiligen vertraglichen und tatsächlichen Situation, anhand dessen das vom Schuldner verwirklichte Leistungsbemühen bemessen und beurteilt wird - gilt entsprechend für den Bereich der sog. positiven Vertragsverletzung: Bei der "Entdeckung" dieser Vertragsstörungsform wurde zunächst nicht eine Verletzung bestimmter Neben- oder Verhaltenspflichten konstatiert, sondern nur die eigenartige Form der eingetretenen Wirkung, d.h. einer nicht ohne weiteres mit den Kategorien der Unmöglichkeit bzw. des Verzuges zu erfassenden Schädigung des Gläubigers.

Soweit man sich nach der Jahrhundertwende noch der gemeinrechtlichen Tradition bewußt war, erschien diese Vertragsstörungsform noch unkompliziert als ein Fall der "Haftung für Verschulden", d.h. für (dolus und) culpa, mithin ein Außerachtlassen der diligentia (116), ein Verstoß gegen die allgemeine Diligenzpflicht.

---

113) Vgl. das von Zeuner (S.6) gegebene Beispiel: Der Schuldner hat auch eine ihm zufällig zur Kenntnis gelangte Beschaffungsmöglichkeit (für Materialien) auszuschöpfen, auch wenn ihn "an sich" keine "Verpflichtung" getroffen hätte, eine solche verborgene Quelle noch ausfindig zu machen.

114) Zeuner, aaO, S.6 r.Sp.

115) Diese komplementäre Betrachtung des pflichtschuldigen Verhaltens des Schuldners - teils zur Beschreibung des Obligationsinhalts, teils zur Kennzeichnung des "schuldhaften Verhaltens" - war im Gemeinen Recht ganz unreflektiert die Regel und spiegelt sich noch deutlich in der Entstehungsgeschichte der §§ 242 und 276 BGB; vgl. dazu Himmelschein, aaO (N.41); Stoll, aaO (N.43); Heck, Zur Entstehungsgeschichte des § 276 I1 BGB, AcP 137 (1933), S.260 ff.

116) Vgl. zum Umkehrverhältnis von culpa und diligentia (in der geschichtlichen Entwicklung) vor allem Kunkel, ZSavSt (rom) 45,266 ff.; Deutsch, S.10.

Erst die Notwendigkeit, diese Störungsform mit den BGB-Kategorien der Leistungsstörungen (Unmöglichkeit und Verzug) erfassen zu müssen, brachte eine Veränderung der Perspektive und führte zu einer Auffächerung der Diligenzpflicht in ein breites Verhaltensprogramm von konkret formulierten Einzelpflichten, die als Obligationsinhalt für den Schuldner erschienen. Ob die Verletzung dieser Einzelpflichten mit der Vorstellung einer Nichterfüllung (Unmöglichkeit) oder einer eigenen Kategorie der positiven Vertragsverletzung dogmatisch erfaßt werden sollte, mußte eine letztlich sekundäre Frage bleiben.

In diesem Bereich des Verstoßes gegen "besondere Verhaltenspflichten" wird aber gerade deutlich, daß die Vorstellung einer Summe konkreter, ein bestimmtes Verhalten gebietender oder verbietender Pflichten, denen der Schuldner bei einer korrekten Vertragserfüllung zu genügen habe, nicht zutrifft. Die Pflichten können als solche nicht eindeutig und abschließend genannt und aufgezählt werden, denn das Vertragsinteresse des Gläubigers, dem entsprochen werden sollte, kann - auch hinsichtlich der ergänzenden und "begleitenden Umstände" - auf verschiedenen Wegen, durch substituierbare Mittel erreicht und respektiert werden. Das Urteil der Pflichtwidrigkeit über das mißbilligte (Begleit-)Verhalten des Schuldners bedeutet daher nur, daß er sich insgesamt nicht im Rahmen der pflichtmäßigen Möglichkeiten gehalten hat, nicht unbedingt, daß gegen eine ganz bestimmte Verhaltenspflicht verstoßen wurde. Denn das pflichtgemäße Verhalten, das dem Schuldner als das "an sich" gebotene und erwartete entgegengehalten wird, kann auch ex post vielfach alternativ formuliert werden: Konnte z.B. der Unternehmer das bestellte Werk nicht rechtzeitig vollenden, so kann ihm vorgehalten werden, daß er einen weiteren Auftrag angenommen hat, daß er nicht früher begonnen hat, daß er nicht eine Sonderschicht eingelegt hat, daß er nicht eine zusätzliche Hilfskraft beigezogen hat usf. Es wäre demnach ungenau zu sagen, der Schuldner habe gegen "die" unselbständige Nebenpflicht verstoßen, während der normalen Herstellungszeit keine zusätzliche Arbeit zu übernehmen u. dergl.

Es ergibt sich sonach, daß auch die aus der Perspektive der Haftung zurückprojizierte Rechtspflicht des Schuldners zu - insgesamt - sorgfältigem Verhalten keine solche sein kann, die als das Schuldnerverhalten endgültig und konkret determinierend gedacht werden kann. Es verbleibt auch aus dieser Sicht bei der grundsätzlichen (im einzelnen mehr oder weniger eingegrenzten) schuldnerischen Freiheit und Autonomie der Disposition und Gestaltung der Ausführungshandlung, er bleibt Herr seines Verhaltens, wenn auch in der generellen Zielrichtung und Ausrichtung seiner Verhaltensmotivationen gebunden. Die Rechtspflicht, der er untersteht, hat sonach mehr den Charakter einer Bewertungsnorm (117)

117) Vgl. dazu insgesamt und mit Nachw. Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung (1966), S. 62 ff.

als den einer Bestimmungsnorm; der Pflichtbegriff hat - wie B r u n s (118) herausstellt - heuristischen Sinn: Erst der spätere Beurteiler konkretisiert - im Nachvollzug aus der jeweiligen Situation - die Verhaltenspflicht, an der der Unwert der historisch Ereignis gewordenen Handlung gemessen und bewertet wird. Zu diesem Zweck ist es allerdings sinnvoll und für eine rationale Rechtsanwendung unverzichtbar, daß genau und individualisiert formuliert wird, was dem Schuldner im Rahmen seiner Pflichtbindung möglich gewesen wäre und von ihm hätte erbracht werden können; allgemein gehaltene Schemata wie Verstoß gegen Treu und Glauben oder den - nicht mehr aufgeschlüsselten - "Vertragszweck" können nicht ausreichen.

3. Zur Struktur der "autonomen Pflichtbindung" in der Schuldverbindlichkeit.

Die Rechtspflicht des Schuldners zu sorgfältigem und loyalem Verhalten und Bemühen um den Vertragserfolg bedeutet keine Determination seines Einzelverhaltens, sondern generelle Ausrichtung des Schuldnerverhaltens auf das Leistungsziel, Festlegung der Richtung und der Schranken seines Leistungsbemühens, ohne ihm den Weg im einzelnen vorzuschreiben, mithin eine "globale Aufnahme des Bekommensollens in den Motivationskreis des Schuldners für die zeitliche Dauer der Forderung" (119). Diese eigentümliche Verschränkung von Gebundensein und Freiheit, die den Schuldner zu einer autonomen Wahl im Rahmen der durch den Zweck beschränkten Möglichkeiten zwingt, fordert noch eine Betrachtung im Hinblick auf die hier in den Vordergrund gerückte Fragestellung, welcher Kontrolle und ggf. welcher Zwangseinwirkung und Sanktion der Schuldner schon vor Fälligkeit hinsichtlich seines - entfalteten oder unterbliebenen - Leistungsverhaltens ausgesetzt ist.

(a) Da der Schuldner zu einem letztlich erfolgreichen Leistungsbemühen genötigt ist, müssen von vornherein solche Verhaltensweisen aus seiner Wahlfreiheit ausscheiden, die mit Notwendigkeit

---

118) AaO, S.16.
119) Bruns, aaO, S.15.

einen Erfolg im Sinne der Leistungserfüllung ausschließen. Ein solches Verhalten erscheint ohne weiteres - auch ex ante - als pflichtwidrig und unzulässig.

Die Zerstörung der verkauften Speziessache, der Dienstantritt bei einem anderen Arbeitgeber, die (untersagte) Preisgabe eines Berufsgeheimnisses usw. verhindern zwingend die Erfüllung der Schuld, liegen damit eindeutig jenseits der pflichtgebundenen, zulässigen Verhaltensmöglichkeiten des Schuldners, da keine Möglichkeit bleibt, durch eine alternative Anstrengung den Mißerfolg abzuwenden, das Gläubigerinteresse zu befriedigen.

Hat sich der Schuldner bereits in dieser Weise betätigt, so ist er ggf. sofortigen Haftungssanktionen ausgesetzt. Umgekehrt muß es, wenn der Schuldner Anstalten zu einem derartigen Verhalten macht, möglich sein, durch präventiven Rechtszwang auf ihn einzuwirken. Dies wird unten (2. Teil) ausgeführt.

(b) Stößt die Gestaltungsfreiheit des Schuldners in diesem Sinne auf absolute Schranken, so gibt es umgekehrt unter der Herrschaft der Schuldverbindlichkeit, in dem Gesamtrahmen des schuldnerischen Verhaltens, das sich irgendwie - positiv oder negativ - auf das Vertragsziel auswirken kann, keinen Bereich, in dem eine absolute Freiheit des Schuldners bestehen könnte, in dem das von ihm gewählte Verhalten prinzipiell einer Bewertung und Sanktion entzogen wäre. Freiheit und Autonomie kann hier nirgends als ein Postulat der "freien Entfaltung der Persönlichkeit" verstanden werden (120); die Bindung folgt vielmehr aus der - freiwillig eingegangenen - Schuldverpflichtung. Wer eine vertragliche Schuld übernimmt, bewegt sich vom Vertrag her gesehen nicht mehr völlig frei, sondern muß auf diesen Rücksicht nehmen (121). Die dem Schuldner belassene Gestaltungsautonomie ist kein (ideologischer) Selbstzweck, sondern ein Mittel zum Zweck, ein Umweg der Rechtsordnung (122), die die schuldnerische Initiative und Originalität zum möglichst sinnvollen, ökonomischen, unternehmerisch zweckvollen Einsatz mobilisieren will. Nur weil es zweckvoll ist, dem Schuldner die Einzelgestaltung und -entscheidung in seinem Bereich zu überlassen, erscheint es untunlich, daß der Gläubiger hier direkten Einfluß nimmt und ein - so oder so

120) Vgl. Larenz, § 2 II, S.10.
121) Löwisch, aaO, S.443.
122) v. Tuhr, aaO (N.79).

bestimmtes - Verhalten erzwingt. Nicht weil es eine "unerträgliche Bevormundung des Schuldners in seiner Bewegungsfreiheit" (123) wäre, sondern eine wohlverstandene rechtliche und wirtschaftliche Ökonomie konstituiert das "Freiheitsinteresse" (124) des Schuldners, es ihm zu überlassen, wie er den Leistungserfolg rechtzeitig und ordnungsgemäß erbringen will.

Demgemäß bleibt es den Parteien unbenommen, durch Vertragsanlage und detaillierte Absprache die Freiheit des Schuldners weitgehend einzuschränken - sofern eine solche Determination durch den Gläubiger sinnvoll erscheint -, vor allem wenn die Übersicht und der Sachverstand im wesentlichen beim Gläubiger liegen und die Beschränkung des Schuldners nicht zweckwidrig und im übrigen im rechten Verhältnis zur Gegenleistung steht. Je größer der dem Schuldner belassene Bereich der autonomen Gestaltung im Vertrag angelegt ist, umso größer ist seine Verantwortung, umso größer ist aber auch der ihm gewährte "Vertrauenskredit", der es dem Gläubiger verbietet, den Schuldner zu bestimmten von ihm für richtig oder zweckmäßig gehaltenen Dispositionen anzuhalten. Hat sich aber z.B. der Werkunternehmer bereit gefunden und verpflichtet, zu einem bestimmten Zeitpunkt mit der Arbeit anzufangen (nicht nur, sie bis zur bestimmten Zeit fertigzustellen), so hat er sich eines Teils seiner Dispositionsfreiheit begeben (125), sich also einer intensiveren Kontrolle und ggf. einem Rechtszwang ausgesetzt; dasselbe kann z.B. für einen Dienstverpflichteten gelten, in den hohe Ausbildungskosten investiert wurden und der nunmehr ein entsprechendes Gehalt bezieht, wenn er sich Einschränkungen seiner Freizeit- und Urlaubsgestaltung gefallen lassen muß (126) usf.

(c) Zur Konkretisierung der schuldnerischen Pflichtbindung, d.h. des Maßes und der Grenzen seiner Gestaltungs- und Handlungsfreiheit durch die Vertragsanlage, insbesondere durch die Haftungsanforderungen, können noch zwei Bemerkungen angeschlossen werden:

(1) Soweit sich bereits in der gesetzlichen Ausformung der Vertragstypen abgeschwächte Haftungsvoraussetzungen finden (§§ 690, 708, 521, 599, 680 BGB: Auf Vermeidung grober Sorgfaltsverstöße eingeschränkte Sorgfaltspflicht), bringt dieser der Vertragsbesonderheit angepaßte Pflichtenmaßstab für den Schuldner eine entsprechende Erweiterung seiner Gestaltungsfreiheit; er kann sich "riskantere" Versuche oder Unterlassungen leisten, ohne seiner

123) Klein, Seuff. Bl. 73,309 ff.
124) Erman, JZ 60,297,298.
125) RGZ 68,192.
126) Vgl. oben 2. Kap., insbes. bei N.72 u. 89.

schwächeren Pflichtbindung zu widersprechen (127). Einen entsprechend erweiterten "Freiheitsraum" schafft sich der Schuldner durch eine Haftungsfreizeichnung (im Rahmen des § 276 Abs. 2 BGB); er kann gewagter disponieren und planen, ohne sich einer Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Gläubiger "schuldig" zu machen. Ähnlich lockert sich die Pflichtbindung des Schuldners im Falle des Annahmeverzugs. - In diesen Fällen müssen naturgemäß das Interesse und die Möglichkeit des Gläubigers reduziert sein, schon vor Fälligkeit in den Dispositionsbereich des Schuldners einzugreifen, auf einzelne ihm unzweckmäßig oder den Erfolg in Frage stellende Maßnahmen des Schuldners repressiv oder präventiv zu reagieren.

(2) Eine andere Perspektive gilt, wenn der Schuldner nicht nur für Verschulden einzustehen hat, sondern den Leistungserfolg als solchen praestiert, sei es auf Grund vertraglicher Garantieübernahme und Zusicherung oder gesetzlicher Gewährschaft (§§ 463, 437 BGB), sei es allgemein als Gattungsschuldner (§ 279 BGB) oder Beschaffungsschuldner. Hier hat der Schuldner nicht nur eine verkehrsübliche Sorgfalt, ein vernünftigerweise angebrachtes oder zumutbares Bemühen um den Erfolg aufzubringen. Allein an die Tatsache der Nichterreichung des Obligationszieles schließt sich schon die Haftungssanktion, ohne daß an sein Verhalten noch der Vergleichs- und Bewertungsmaßstab eines pflichtgemäßen Verhaltens angelegt wird. Demgemäß ist es schon problematisch, in welchem Sinn hier von einer Pflichtbindung, einer Rechtspflicht zu zweckvollem Leistungsverhalten gesprochen werden kann, die den Schuldner treffe. v. T u h r (128) bemerkte, beim Gattungsschuldner könne im Falle seines Unvermögens zur Leistung, auch wenn er dies zu vertreten habe, nicht von einer Pflicht, die Leistung vorzunehmen, gesprochen werden; L ö w i s c h (129) betont, daß es in diesem Bereich "nicht recht sinnvoll" sei, einen verhaltensbezogenen Unrechtsbegriff zu konstruieren. Andererseits will W i e a c k e r (130) die "Schuldnerpflicht" des Gattungsschuldners

---

127) Auch hinsichtlich einer evtl. konkurrierenden Deliktshaftung, vgl. Erman-Drees, BGB, Vorb. 3 c vor § 823.
128) AaO (N.79), § 4, S.99. 129) AaO, S.438.
130) AaO (N.1), S.803,805.

dahin kennzeichnen, daß dieser nicht nur vertragsmäßiges Verhalten, sondern die - zum Konzentrationserfolg führende - Leistungshandlung "schlechthin zu bewirken" habe, auch wenn sie sein Vermögen übersteige.

Auch soweit im einzelnen noch Raum bleibt, anhand des konkreten Vertragstyps und seinem speziellen Inhalt zu differenzieren, in welchem Umfang der Schuldner das Aufwands- und Beschaffungsrisiko zu tragen hat, ob seine Garantiebindung auch abnormste Beschaffungs- und Produktionsstörungen einschließt (131), handelt es sich der Sache nach immer noch um ein Risiko- und Gefahrtragungsproblem (132), nicht um die Interpretation einer auf das Verhalten des Schuldners bezogenen Rechtspflicht zum Leistungsaufwand (133).

Das dem Schuldner auferlegte Beschaffungsrisiko impliziert dessen Freiheit der Auswahl und einer vom Gläubiger nicht zu kontrollierenden Disposition. Seine Pflichtbindung ist - so gesehen - schwächer als im Normalfall der Verschuldenshaftung. Die moderne arbeitsteilige Verkehrsgesellschaft bedingt, daß dem Waren- und Beschaffungsschuldner die freie Gestaltung der Durchführung der Warenbesorgung usw. verbleibt, auf die der Gläubiger keinen sinnvollen Einblick und Einfluß nehmen kann (134). Er muß auf die Zusage des Schuldners bauen, wenn sich dieser für die Beschaffung erbietet und stark macht. Der Gläubiger ist durch die Risikoübernahme des Schuldners "gesichert" (135), muß dafür diesem aber auch eine weitgehend freie Disposition überlassen; eine Festlegung auf einzelne "pflichtgemäße" Handlungen würde dieser sinnvollen Arbeitsteilung widersprechen. Demgemäß kann auch ein "vorbeugender Rechtszwang" hier kaum eingreifen.

Es sind aber auch hier Verhaltensweisen denkbar, die mit Notwendigkeit einen erfolgreichen Abschluß der Leistung ausschließen, mithin aus dem Rahmen der gebundenen Autonomie des Schuldners fallen: Veräußert der Gattungsschuldner die letzten Restbestände seines Vorrats anderweitig, obwohl inzwischen - z.B. wegen einer Kontingentierung - eine Neubeschaffung ausgeschlossen ist, so ist dies

---

131) Esser, JZ 63,490; ders., LB (2.A.), § 41,3; Ballerstedt, Zur Lehre vom Gattungskauf, Festschr. f. H.C. Nipperdey (1955), S.261,272.
132) Wieacker, aaO (N.1), S.803; Esser, LB (2.A.), § 57,4.
133) Auch hinsichtlich der Art der Störungen u. Hindernisse ist das übernommene Risiko zu differenzieren: Transportrisiken fallen u.U. nicht darunter, vgl. Esser, aaO.
134) Esser, aaO, § 41,3 (2. Absatz a.E.).
135) Wieacker, aaO, S.804 N.51: Dem Beschaffungsrisiko des Schuldners entspricht dessen unternehmerische Gewinnchance.

ein Verhalten, das den Bereich seiner unternehmerischen Handlungsfreiheit überschreitet; der Gläubiger kann auf diese eindeutige Vertragswidrigkeit entsprechende Sanktionen setzen (136). Entsprechendes muß für den umgekehrten Fall gelten, daß der Beschaffungsschuldner, der allein den - rechtlichen oder tatsächlichen - Zugang zu den Bezugsquellen hat, schon vor der Fälligkeit ein Bemühen in dieser Richtung verweigert; auch hier kann ein Rechtszwang auf ein entsprechendes Schuldnerverhalten zulässig und geboten erscheinen.

---

136) Vgl. den Fall RGZ 93,287.

Zweiter Teil: Die Sanktion pflichtwidrigen Schuldnerverhaltens vor Fälligkeit der Leistung

4. Kapitel: Die repressive Sanktion - Vertragsbeendigung vor Fälligkeit der Leistung.

I. Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners.

Als die einschneidenste Vertragswidrigkeit des Schuldners während des Erfüllungszeitraums erscheint die sog. "Erfüllungsverweigerung". Unter dieser Bezeichnung werden vielfältige Erscheinungen erfaßt: Nicht nur die ausdrückliche Erklärung des Schuldners, daß er sich an den Vertrag nicht mehr gebunden fühle (1) oder nicht bzw. nicht rechtzeitig leisten werde, sondern auch tatsächliche Verhaltensweisen, die erkennen lassen, daß eine korrekte Erfüllung vom Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig zu erwarten ist (2). Sofern sich der Schuldner ausdrücklich erklärt hat, hat dies vielfach wiederum seinen Grund in vorausgegangenen, die Erfüllung vereitelnden Maßnahmen, vor allem in der anderweitigen Vergabe des Vertragsobjekts (3), oder auch darin, daß der Schuldner - nach Auftauchen besonderer Schwierigkeiten - erhöhte Aufwendungen scheut (Neubeschaffung untergegangener Gattungssachen).

1. Das dogmatische Verständnis der Erfüllungsverweigerung hat einige Wandlungen durchgemacht (4):

Die ältere, vor allem auf das Handelsrecht (5) und den kaufmännischen Verkehr abstellende Gerichtspraxis sah das Problem nur

---

1) Sei es, daß die Rechtswirksamkeit bestritten wird, RGZ 51,347, - sei es, daß - unberechtigt - Anfechtung oder Rücktritt geltend gemacht werden, RGZ 52,150;91,345, - sei es schließlich, daß eine Vertragsänderung gefordert wird, RGZ 91,204; BGHZ MDR 61,224.

2) Vor allem, daß notwendige Vorbereitungen nicht getroffen werden: keine Beschaffung der Materialien, keine Aufnahme der Arbeit; vgl. RGZ 93,287;104,275 (anderweitiger Verkauf); vgl. Rabel, Warenkauf I, S.383.

3) Vgl. BGH NJW 63,1247 (Anderweitige Verpflichtung über das Vertragsobjekt im Falle eines Vorvertrages).

4) Vgl. dazu schon Fritz, AcP 134 (1931), S.197 ff.; Rabel, aaO, S.382 ff.

5) In den §§ 354,355 HGB.

ganz unmittelbar als eine Erleichterung der Geltendmachung der für den Verzug gewährten Rechte und sah demnach in der "Erfüllungsverweigerung" einen Verzicht des Schuldners auf Mahnung und Fristsetzung (6) bzw.als ein Sich-selbst-in-Verzug-setzen des Schuldners (7), sogar als eine "einverständliche Beseitigung" der besonderen gesetzlichen Voraussetzungen des § 326 BGB (8). Schwierig und unklar blieb bei dieser Konzeption, ob und wie lange der Schuldner trotz seiner Erklärung bei Fälligkeit bzw. bis zum Ablauf einer evtl. zuvor vom Gläubiger gesetzten Frist noch leisten, d.h. den Verzug heilen und erfüllen könne (9).

Später wurde versucht, die Argumentation auf ein materiales Kriterium zu stützen. Man sah (10) in dem unberechtigten Sichlossagen vom Vertrag eine "positive Vertragsverletzung", die die Erreichung des Vertragszwecks gefährde und daher in Analogie zu § 326 (aber ohne Mahnung und Fristsetzung) das Recht gebe, zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (11). Nur auf diese Weise sei zu begründen, daß die schon vor Fälligkeit erklärte Erfüllungsverweigerung dem Gläubiger diese Rechte verschaffe und daß es dem untreuen Partner nicht mehr frei stehe, danach doch noch seine Erfüllung anzubieten. Dies ist bis heute der Standpunkt der Rechtsprechung (12) und der überwiegenden Meinung in der Literatur (13).

Im Anschluß an Gedanken bei K r ü c k m a n n (14) hat demgegenüber vor allem R a b e l eine Lehre entwickelt (15), der sich neuerdings E s s e r (16) und B l o m e y e r (17) angeschlossen haben, wonach der Rechtsgrund dafür, daß der Gläubiger von der Erfüllung absehen und sofort sein Interesse geltend machen könne, nicht in einer "Vertrags- und Interessengefährdung", sondern in der "bindenden Erklärung" des Schuldners liege, an der dieser sich festhalten lassen müsse. Das Verbot des venire contra factum proprium hindere den Schuldner, später doch noch Erfüllung anzubieten, nachdem der Gläubiger sich auf die erklärte Erfüllungsverweigerung eingestellt habe. - Dem entspricht in gewissem Sinn die in der Rechtsprechung (18) immer mehr herausgestellte Forderung,

---

6) Dies wurde ganz unbefangen auch für den Fall formuliert, daß der Schuldner schon vor Fälligkeit die Erklärung abgab, er werde nicht leisten, RGZ 4,69;7,44.
7) RG JW 1902, S.26. 8) RGZ 51,349
9) Vgl. RGZ 52,151;53,12 u. 116.
10) Nachdem Staub (Die positiven Vertragsverletzungen) das Stichwort geliefert hatte.
11) RGZ 57,105,113.
12) Vgl. z.B. RGZ 149,403; BGH BB 58,54; BGH LM § 326 (Dc) Nr.2; BGH MDR 61,224.
13) Z.B. Larenz, LB I, § 23 I; Enneccerus-Lehmann, LB § 55 I5, S.235, sowie die Kommentar-Literatur; Soergel-Siebert-Schmidt, § 326 RN 24, betonen allerdings, daß nicht jede Erfüllungsverweigerung diese positive Vertragsverletzung darstelle.
14) AcP 116 (1918), S.157,245 ff.; ähnlich Fritz, aaO (N.4), S.213.
15) AaO (N.2), S.385 ff.,273.
16) LB (2.A.), § 79,5; (3.A.), § 52,4 (S.386).
17) Allg. Schuldrecht, § 30 II 2b.
18) Sehr deutlich BGH LM § 326 (Dc) Nr.2 m.Nachw.; ähnlich Soergel-Siebert-Schmidt, § 326 RN 25; aber schon RGZ 66,420;102,266.

daß die Erfüllungsverweigerung, an die solche Folgen geknüpft werden könnten, unter Anlegung strenger Maßstäbe eine "eindeutige und endgültige" sein müsse, der Art, daß es als ausgeschlossen erscheine, daß sich der Schuldner doch noch zur Leistung herbeilasse und eine eventuelle Fristsetzung als leere und überflüssige Form zu betrachten wäre (19). Hinter dieser Formel tritt das sachliche Moment der Vertragsgefährdung immer mehr zurück (20).

Soweit es um die Frage einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung (vor allem nach Eintritt der Fälligkeit) geht, mag es angehen, in dieser Weise auf die Eindeutigkeit und Endgültigkeit einer schuldnerischen Verlautbarung abzuheben, sofern sich der Gläubiger selbst nunmehr vom Vertrag lösen will. Im übrigen wird aber die Lehre, die allein auf die Erklärung als solche und ihre Ernstlichkeit für die Gewährung der Rechtsfolgen aus § 326 (286) abstellt, dem Gesamtproblem nicht voll gerecht.
Einmal würde es offenbar einen Bruch mit allgemeinen Grundsätzen der Verschuldenshaftung bedeuten, würde man dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch (wegen Nichterfüllung) auch dann gewähren, wenn der Schuldner zwar ernsthaft und endgültig die Leistung verweigert, sich aber in einem entschuldbaren (Rechts- oder Tatsachen-)Irrtum befindet (21). Hier könnte der Schuldner allenfalls insofern "an seinem Wort festgehalten werden", als eine reine Auflösung des Vertrages, also "Rücktritt" ohne Schadenshaftung, in Frage steht (22). Zum anderen verdeckt die isolierte Einführung einer Art "Erklärungshaftung", daß sich hinter der erklärten Erfüllungsverweigerung in der Regel rein tatsächlich

---

19) Ähnlich Fritz, aaO, der deshalb glaubt, den Tatbestand der endgültigen Erfüllungsverweigerung als einen solchen der "Gewißheit der Nichterfüllung" in Analogie zu § 325 entscheiden zu müssen. Dagegen schon Stoll, AcP 136 (1932), S.257,267.

20) Bemerkenswerte Großzügigkeit findet sich aber in anderen Entscheidungen. Z.B. wird in BGHZ 50,175 in dem "unzuverlässigen Verhalten" des Partners und dessen "fehlendem Bekenntnis zu seinen Vertragspflichten" eine Erfüllungsverweigerung gesehen.

21) Vgl. die entsprechende Rspr. zum entschuldigenden Irrtum beim Verzug, sowie grundsätzlich Rittner, Rechtswissen und Rechtsirrtum, in: Festschrift für F.v.Hippel (1967), S.391 ff.

22) Fritz, der hierauf schon hingewiesen hat (aaO, S.216 ff.), befürwortet die Anwendung von § 323 für diesen Fall, wiederum in Verbindung mit der exceptio doli; vgl. auch Larenz, LB I, § 23 I, S.279 N.3.

ein der vertragsmäßigen Bindung entgegenwirkendes Verhalten des Schuldners verbirgt oder ein solches geplant ist. In diesem tatsächlichen oder beabsichtigten Ausscheren des Schuldners aus der vertraglichen Bindung, welches das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung gefährdet, ist das sachliche Kriterium zu sehen, an das sich die Sanktion anschließt. Demnach liegt eine Gefährdung des Gläubigers auch nicht nur in einer endgültigen, ernstlichen Erfüllungsverweigerung, sondern gerade auch in unbestimmten Erklärungen (23) des Schuldners und in sonstigen Handlungen, die beim Gläubiger berechtigte Zweifel aufkommen lassen müssen, ob er die Leistung erhalten werde.

2. Allerdings ist mit der Feststellung des Tatbestandes der "Interessengefährdung" noch nichts Endgültiges über die Rechtsfolgen gesagt, insbesondere ob der Gläubiger ohne weiteres vom Vertrag abstehen oder Schadensersatz verlangen kann.

Bei dieser Entscheidung kann nicht isoliert auf die Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung (im Sinne einer "Gewißheit der Nichtleistung" (24)) abgestellt werden, mit der Konsequenz, daß hier logisch nur noch die Sanktion des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung in Frage käme. Denn auch die endgültige Erfüllungsverweigerung läßt die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung der Primärleistung offen (25). Ist der Gläubiger an der Erfüllung weiterhin interessiert, so stellt sich gerade hier die Frage, ob er bis zur Fälligkeit zuwarten muß (26) und dann klagen kann, oder ob er schon jetzt auf die Vertragswidrigkeit reagieren kann. Die Formel, daß der Schuldner beim Wort zu nehmen sei, hilft dem Gläubiger in dieser Situation ersichtlich nicht weiter.

Ebensowenig kann aber das entscheidende Kriterium der "Wegfall des Interesses" (27) beim Gläubiger sein. Allerdings: fällt die Erfüllungsverweigerung in die Zeit nach Eintritt des Verzuges, so kann § 326 Abs. 2 BGB direkt zum Zug kommen, wenn das Interesse an der Erfüllung weggefallen ist. Dabei handelt es sich aber

---

23) Vgl. die Entscheidung des BGH (N.20). I.ü. ist anerkannt, daß eine "nicht eindeutige Erfüllungsverweigerung" als solche eine positive Vertragsverletzung sein kann, die den Schuldner zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet, vgl. RGZ 109,281 (Ersatz v. Anwaltskosten); Soergel-Siebert-Schmidt, § 326 RN 26.

24) Vgl. Fritz, aaO (N.19).

25) Das betont auch Stoll, aaO (N.19), S.307 N.101.

26) Dies wird in der Literatur regelmäßig als einzige Alternative zu der sofortigen Lösung vom Vertrag genannt: Rabel, aaO (N.2), S.384; Blomeyer, aaO (N.17), § 30 II 2b (S.162).

27) Stoll, aaO (N.19), S.307; Lehmann, AcP 96 (1905), S.60,113.

um Interessenfortfall "infolge des Verzuges" (28), d.h. weil die Leistungszeit nicht eingehalten wurde und die Leistung nunmehr für den Gläubiger keinen Zweck mehr hat (29). Liegt die "Erfüllungsverweigerung" oder ein entsprechendes vertragsgefährdendes Verhalten des Schuldners aber schon vor Verzugseintritt oder gar vor Fälligkeit, so kann in diesem Sinn von Wegfall des Interesses nicht gesprochen werden (30), da der Gläubiger seine Interessenbefriedigung ohnehin nicht vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit erwarten konnte.

Wohl aber kann die Interessengefährdung derart sein, daß dem Gläubiger nicht zumutbar ist, weiterhin auf die Erfüllung durch diesen Schuldner zu hoffen und zu vertrauen. Anhand dieses Kriteriums der Unzumutbarkeit (31), das zu der Feststellung der Interessengefährdung hinzukommen muß, ist sowohl zu entscheiden, ob der Gläubiger überhaupt auf die Sekundärebene überwechseln kann, als auch unter welchen Voraussetzungen das geschehen darf, insbesondere ob eine Fristsetzung erforderlich ist.

(a) Nach Eintritt von Fälligkeit und Verzug wird es dem Gläubiger im Falle einer Erfüllungsverweigerung durch den Schuldner in der Regel zumutbar sein, die in § 326 BGB geforderte Frist zu setzen, d.h. Frist zur Bewirkung der Leistung, zumal er hier ja nicht gehindert ist, sofort auf Leistung zu klagen. Die Fristsetzung scheint in der Tat nur dann entbehrlich, wenn angesichts einer definitiven Erklärung des Schuldners offenbar unnötige Zeit für ein sich als notwendig abzeichnendes Deckungsgeschäft (32) des Gläubigers versäumt würde.

Die Fristsetzung im Normalfall des Verzuges des § 326 BGB impliziert

---

28) Vgl. RGZ 70,127.
29) So vor allem beim Fixgeschäft und angrenzenden Fallgestaltungen, vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, § 326 RN 22,23 m. Nachw.
30) Es sei denn, hinter der Erfüllungsverweigerung verbirgt sich eine bereits unkorrigierbar eingetretene Unmöglichkeit der Leistung. Dann ist das Leistungsinteresse tatsächlich vereitelt und es steht nur noch ein Schadensersatz in Frage.
31) Das wurde in der Rspr. früher deutlicher gesehen, vgl. RGZ 57,105,113 i.V. mit RGZ 54,98; ähnlich auch Esser, LB (3.A.) I, S.386 (obwohl er i.ü. der Konzeption der "Erklärungshaftung" folgt).
32) Gerade diese Notwendigkeit rascher Deckungsmaßnahmen hat die Rspr. regelmäßig bewogen, großzügig vom Mahnungs- und Fristsetzungserfordernis abzusehen, vgl. RGZ 93,286;96,342 (eine Verzögerung würde in solchen Fällen oft eine Interessenvereitelung bedeuten). Vgl. auch Köpcke, aaO (1. Kap. N.27), S.149 N.31.

nicht einen "Interessenwegfall" nach Ablauf der Frist, sondern sie markiert nur den Zeitpunkt, bis zu dem sich der Gläubiger die Verzögerung und Vertragsuntreue noch zumuten lassen will, auch wenn sein Interesse an der Leistung "an sich" noch weiterbestehen würde (33). Ähnlich die Fristsetzungen in den §§ 542 Abs. 1 Satz 2, 553, 635, 634 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Wird die Interessengefährdung schon vor dem Fälligkeitszeitpunkt bekannt oder explizit als Erfüllungsverweigerung erklärt, so kommt es auch hier darauf an, welche aussichtsreichen und zumutbaren Maßnahmen zur Einwirkung auf den Schuldner dem Gläubiger noch zu Gebote stehen:
Von einigen Autoren wird hier generell eine "Fristsetzung" für unentbehrlich gehalten (34), um dem Schuldner "den Ernst der Lage" vor Augen zu führen (35). Es fragt sich aber, wofür die Frist gesetzt werden soll. Offenbar nicht für die Leistung selbst, da diese noch nicht fällig ist und beansprucht werden kann. Eine Fristsetzung zur Erklärung über seine Leistungsbereitschaft (36) erscheint einerseits dann überflüssig, wenn der Schuldner ganz zweifelsfrei seine Leistungsverweigerung bereits erklärt hat (obwohl es auch hier nützlich sein kann, ihm die Konsequenzen nochmals anzudrohen), andererseits als zu wenig, wenn sich die Vertragsuntreue bereits in leistungsgefährdendem Tun oder Unterlassen manifestiert hat: Hier muß der Gläubiger verlangen können, daß der Schuldner innerhalb einer gesetzten Frist seine Vertragstreue und Leistungsbereitschaft durch "Taten" dokumentiert, sei es, daß er ein vertragsgefährdendes Verhalten einstellt (37), sei es, daß er sinnvolle, glaubhafte Schritte in Richtung auf die Erfüllung unternimmt, sei es schließlich, daß er überzeugende Sicherheiten stellt oder anbietet. - Geht der Schuldner darauf nicht ein, so mag es für den Gläubiger unzumutbar erscheinen, noch weiter auf diesen Schuldner und diesen Vertrag zu bauen, so daß er nunmehr - wenn er will - vom Vertrag abstehen und sein

---

33) Vgl. Stoll, aaO (N.19), S.295.
34) Lehmann, AcP 96,113; grundsätzlich auch Stoll, aaO, S.305,307.
35) Stoll, aaO.
36) Stoll, aaO; wohl auch Köpcke, aaO.
37) Vgl. den Fall RGZ 54,98 (vertragswidrige Verwendung der gelieferten Materialien, so daß Berechnung des Vergütungsanspruchs gefährdet ist.) Auch Stoll, aaO, hält hier eine "Abmahnung" für erforderlich.

Interesse liquidieren kann. Von "Interessenwegfall" kann hier aber - wie gesagt - nicht in Bezug auf die (erst künftig zu erwartende) Leistung, sondern allenfalls insofern gesprochen werden, als der Gläubiger sich von diesem Schuldner nichts mehr verspricht und damit kein Interesse mehr an der Durchführung, auch nicht im Zwangswege, dieses Vertrags hat (38).

(b) Aber wie der Gläubiger nach Fälligkeitseintritt die Wahlmöglichkeit hat, statt einer Fristsetzung mit Ablehnung der Leistung den direkten Weg des Erfüllungszwangs hinsichtlich der Primärleistung über Klage und Vollstreckung zu beschreiten, so muß ihm auch schon vor Fälligkeit die Möglichkeit bleiben, angesichts einer manifest gewordenen Vertragsuntreue des Partners, die ihm ein tatenloses Zusehen nicht mehr zumutbar erscheinen läßt, nicht notwendig die rein repressive Sanktion des Schadensersatzes zu wählen, sondern gleichfalls den Rechtszwang auf der Ebene der Primärleistung einzusetzen: Ist die im Vertragsablauf durch das inkriminierte Verhalten des Schuldners eingetretene Situation derart, daß der Gläubiger den Schuldner nach Stornierung des Vertrages auf Schadensersatz - und zwar grundsätzlich auf das volle Erfüllungsinteresse (39) - in Anspruch nehmen könnte, so ist kein Grund ersichtlich, der den Schuldner vor der primären Haftung, der Erfüllungshaftung verschonen könnte. Diese kann allerdings, da der Schuldner für diesen Zeitpunkt noch keinen Erfüllungserfolg praestiert hat, nur in der zwangsweisen Einleitung, Sicherung und Herbeiführung der Primärleistung für den Zeitpunkt der Fälligkeit, der projektierten Erfüllung, bestehen. Beide Haftungsarten sind prinzipiell gleichwertig. Ist dem Gläubiger mit Blick auf die Sekundärebene ein Zuwarten und Vertrauen auf die freiwillige Vertragstreue des Partners angesichts dessen zutage getretener Illoyalität nicht mehr zuzumuten, so muß dasselbe auch auf der Primärebene gelten: Der Gläubiger hat Grund, durch Rechtszwang die (Erfüllungs-)Haftung des Schuldners zu realisieren. Sekundäre Fragen sind dabei, welche Mittel und Maßnahmen ihm

---

38) Dies entspricht der Situation nach Fristablauf i.R.d. § 326.
39) Das sich - i.R. der dem Gläubiger bis zum Fälligkeitszeitpunkt noch möglichen Deckungs- und Schadensminderungsmaßnahmen - praktisch natürlich beträchtlich reduzieren kann.

hierfür rechtlich und praktisch zu Gebote stehen und wie weit er an der Realisierung der Primärleistung ein praktisches Bedürfnis und Interesse hat. Entscheidend ist die Erkenntnis, daß der Tatbestand, an den dieser (primäre oder sekundäre) Haftungszugriff des Gläubigers anknüpft, der einer Gefährdung der Leistung durch ein nicht vertragsgemäßes Verhalten des Schuldners ist, es sich also um einen Fall der Vertragsverletzung und "Leistungsstörung" handelt.

(c) Die selbständige Bedeutung des Tatbestandes der "Gefährdung des Leistungsinteresses" im System der Leistungsstörungen wurde vor allem von Heinrich S t o l l (40) bereits deutlich herausgestellt:

"Die Interessengefährdung besteht darin, daß der Schuldner durch sein pflichtwidriges schuldhaftes Verhalten die objektive Gefahr der Interessenvereitelung hervorruft (objektive Interessengefährdung) oder bei dem Gläubiger berechtigte Zweifel an der Verwirklichung seines Leistungsinteresses erweckt (subjektive Interessengefährdung). Ist schon ein Schaden eingetreten, so liegt gleichzeitig eine Interessenbeeinträchtigung vor. Ist das Vertrauen des Gläubigers bereits so stark erschüttert, daß ihm eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, so ist die Interessengefährdung schon zur Interessenvereitelung geworden (es gelten allein deren Rechtsfolgen)" (S.296). Gesetzliche Regelungen der "Interessengefährdung" sieht S t o l l in den §§ 326 Abs. 1 (subjektive Interessengefährdung), 550,553, 605 Ziffer 2, 626 BGB; 72 Ziffer 1/2, 92 Abs. 2 HGB. Als Rechtsfolgen der Interessengefährdung konstatiert er: Anspruch auf Ersatz des daraus entstandenen Schadens (Gefährdungsschaden (41)) und das Recht auf Abstehen vom Vertrag nach Fristsetzung (analog §§ 283, 326; Rücktritt, Kündigung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung).

Diesem Konzept entspricht z.T. der unter Federführung S t o l l s entstandene Gesetzentwurf der Akademie für Deutsches Recht (42), der einen "allgemeinen Grundsatz für die Interessengefährdung" in § 12 E normierte (Umgestaltung der Ungehorsamsvorschrift des § 283 BGB):
"§ 12 - Interessengefährdung.
(1) Hat sich der Schuldner bestimmt und endgültig geweigert, die noch mögliche Leistung zu erbringen oder ist er rechtskräftig

---

40) AaO, S.294 ff. (in Gegenüberstellung einmal zur Beeinträchtigung und Vereitelung des Leistungsinteresses, andererseits zur Gefährdung oder Verletzung des Schutzinteresses); vgl. auch schon Krückmann, AcP 101 (1907), S.240, der allerdings auf die subjektive Seite abhebt: Ungewißheit des Gläubigers über die künftige Leistung.
41) Vgl. oben N.23, sowie Siber, Grundriß, S.85.
42) Vgl. bei Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen (1936), S.16,69.

zur Leistung verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Nach Ablauf der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit die Leistung nicht rechtzeitig und vollständig bewirkt wird.
(2) Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung weggefallen ist."

Hier ist zwar die Kategorie der "Gefährdung des Leistungsinteresses" in ihrer grundsätzlichen Bedeutung angesprochen. Im Rahmen der Erörterung der Rechtsfolgen ist aber der Blick zu sehr auf die rein negative Seite (43) der Haftung im Sinne der Auflösung des Vertrages und Liquidation des Interesses gerichtet. Die positive Seite, nämlich Sicherung und Zwang zur Primärleistung (Erfüllungshaftung), wird in diesem Zusammenhang nur selten gesehen (44).

Aber nicht nur die - oben angestellte - dogmatische Überlegung, daß es bei der grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Erfüllungs- und der Interessenhaftung kaum verständlich wäre, bei einer (schuldhaften) erheblichen Vertrags- und Interessengefährdung durch den Schuldner dem Gläubiger zwar die rigorose "Umgestaltung des Schuldverhältnisses" in die Sekundärebene zu gestatten, ihn aber von notwendigen Zwangsmaßnahmen auf der Ebene der Erfüllungshaftung abzuhalten (45), sondern auch die Rechtswirklichkeit zeigt, daß es tatsächlich gerade dieser Tatbestand der Gefährdung des Erfüllungserfolges ist, an den sich solche Maßnahmen der Einleitung und Sicherung der Erfüllungshaftung anschließen: So kann der Gläubiger vor allem im Wege des Arrestes und der einstweiligen Verfügung schon vor Fälligkeit das "Erforderliche"

---

43) Auch die Problematik der Leistungsgefährdung vor Fälligkeit wird leicht übersehen. Die in § 12 E vorgesehene Fristsetzung "zur Bewirkung der Leistung" kann darauf offenbar keine Anwendung finden.

44) Vgl. aber schon Siber, JhJb 50,58 ff.,178 ff.; Planck-Siber, Vorb. III C1; Löwisch, AcP 165,421,433 (jeweils in Bezug auf Arrest und einstweilige Verfügung).

45) Vgl. auch BGHZ 50,175, wo bemerkt wird, daß es "unbillig" wäre, den Gläubiger nur vor die harte Alternative zu stellen, den Vertrag entweder ganz zu stornieren, oder die Unsicherheit tatenlos in Kauf zu nehmen und auf eine spätere Erfüllung (oder Schadensliquidation bei Nichterfüllung) zu vertrauen. Der BGH gab hier dem Gläubiger sofort den ganzen Erfüllungsanspruch. Vgl. dazu unten 7. Kap. IV.

(§ 938 ZPO) erwirken, wenn zu besorgen ist, daß die Verwirklichung des Rechtes vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Unter Umständen kann auch die Klage auf künftige Leistung erhoben werden (§ 259 ZPO) (46); Notwehr bzw. Selbsthilfe knüpfen an entsprechende Voraussetzungen an. Das materielle Recht gewährt für diese Situation u.U. einen (klagweise erzwingbaren) Anspruch auf Sicherheitsleistung, was jedenfalls bei Geldansprüchen die Primärleistung als solche sichert. - Die hier gemeinten "Gefährdungen" für die Rechtsverwirklichung entsprechen (soweit sie auf relative Rechte gerichtet sind) im Kern jener im materiellen Recht der Leistungsstörungen gefundenen Interessengefährdung. Dies zeigt, daß die Rechtsordnung die Notwendigkeit erkennt, hier der primären Rechtsdurchsetzung zum Erfolg zu verhelfen und dafür (sogar durch ein Eilverfahren) entsprechende Mittel zur Verfügung stellt, daß sie mithin die Berechtigung eines Rechtszwangs zur Primärleistung auch schon vor Fälligkeit anerkennt und voraussetzt. Es gilt, diese beiden Aspekte der Sanktion der Interessengefährdung zu koordinieren und in einen systemgerechten Bezug zu bringen.

3. Der Sonderfall: Die Erfüllungsverweigerung des Geldschuldners.

Die Erfüllungsverweigerung des Geldschuldners zeigt besondere Aspekte sowohl was den Tatbestand der Gefährdung des Leistungsinteresses wie was die Wahl der Sanktion (Erfüllungszwang oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung) (47) betrifft. Die Besonderheiten ergeben sich einmal daraus, daß der "Geldschuldner" regelmäßig der Partner eines gegenseitigen Vertrages, also seinerseits der Gläubiger der gegenständlichen Gegenleistung ist (bei deren Erbringung er gegebenenfalls mitzuwirken und die er abzunehmen hat); zum anderen daraus, daß seine Haftung nicht dem Verschuldensprinzip unterliegt, seine Pflichtbindung bei der Erbringung seiner Leistung also einen besonderen Charakter hat.

---

46) Was im Rahmen des Arrest- oder Verfügungsverfahrens u.U. auch im Hinblick auf § 926 ZPO erforderlich sein wird.
47) Vgl. dazu unten (2) und II d).

(1) Die Gefährdung des Leistungsinteresses durch den Geldschuldner zeigt drei charakteristische Formen:

(a) Der Schuldner versucht, seine Verpflichtung als solche (d.h. aus Rechtsgründen) in Frage zu stellen, um sich der Leistung zu entziehen:

Das geschieht entweder in typischen Formen der "Erfüllungsverweigerung", indem der Schuldner das Zustandekommen, die Gültigkeit des Vertrages bestreitet, bzw. indem er sich auf ein unberechtigtes Anfechtungs- oder Rücktrittsrecht beruft oder den Vertrag durch (grundlose) Beanstandungen von Teillieferungen zur Auflösung bringen will; oder andererseits dadurch, daß er den Partner durch Behauptung oder Setzen anderer Bedingungen aus dem Vertrag zu drängen versucht (48). Hinter diesen Vorwänden steht regelmäßig, daß der Geldschuldner aus irgendwelchen Gründen das Interesse an der Gegenleistung verloren hat und daher seine Leistung nicht hier sondern anderweitig investieren will.

(b) Der Geldschuldner kann auch - aus ähnlichen Motiven - die Entstehung oder das Fälligwerden seiner Leistungspflicht dadurch zu hintertreiben versuchen, daß er notwendige Mitwirkungsakte für die Erbringung der Gegenleistung des Partners unterläßt:

Etwa indem er als Werkbesteller nicht das erforderliche Material liefert oder notwendige Daten vorenthält und die Mitwirkung verweigert (49); als Verfrachter nicht den Ablader benennt oder die Fracht bereitstellt (50); als Käufer die Spezifikation der zu liefernden Teile unterläßt. Ganz allgemein gehört hierher die Verweigerung der Annahme oder Abnahme (51) der Gegenleistung mit dem Ziel, die eigene Leistungspflicht hintanzuhalten.

(c) Die spezifische Form der Gefährdung des Gläubigerinteresses bei der Geldschuld ist allerdings, wenn die Leistungsfähigkeit als solche, d.h. der Vermögenszugriff auf den Schuldner in Frage gestellt wird: geschäftlich bedenkliche Unternehmungen, Verschleuderung von Vermögen, ganz allgemein: Verschlechterung der Vermögens- und Kreditverhältnisse beim Geldschuldner.

Da der Geldschuldner nicht nur der Pflichtbindung eines verkehrsüblichen und sorgfältigen Bemühens um die Erfüllung unterliegt, sondern für die Erfüllung schlechthin mit seinem ganzen Vermögen einzustehen hat, kann jede objektiv nachteilige, die Realisierung der Haftung in Frage stellende drohende Veränderung in der

---

48) Vgl. beispielsweise: RGZ 109,281 - RGZ 129,143 - BGH BB 55,490 Nr.903 - RG Warn 10,52.
49) RGZ 152,119 - BGHZ 50,175 - RGZ 104,16.
50) BGHZ 11,80. 51) RGZ 171,297,301.

Vermögenslage des Schuldners in diesem Sinn das Leistungsinteresse des Gläubigers "gefährden" (52). Einer Prüfung der Zurechnung im Sinne einer Pflicht- oder Vertragswidrigkeit bedarf es daher keineswegs.

(d) Einen Sonderfall der Gefährdung des Gläubigerinteresses bedeutet es, wenn der Geldschuldner, um die Realisierung der Forderung zu hindern, Auskunft oder Rechnungslegung verweigert, auf deren Grundlage sich der Anspruch erst ergeben und errechnen würde. In diesem Fall hat der Gläubiger ein Interesse daran, diese notwendigen Vorbereitungen gesondert zu erzwingen (53).

(2) Die Sanktionen gegenüber dem Geldschuldner sind für die aufgeführten Fälle wegen der unterschiedlichen Interessenlage nicht ganz einheitlich zu bestimmen:

Die negative Sanktion, d.h. das Absehen von der Vertragsdurchführung und Liquidation des Nichterfüllungsschadens ist durchweg möglich, wenn sich die auf der Schuldnerseite abzeichnende Gefahr für die künftige Erfüllung (Zahlung) so verdichtet, daß das Vertrauen in die Vertragstreue oder Erfüllungsbereitschaft des Schuldners erschüttert ist und dem Gläubiger nicht mehr zugemutet werden kann, auf eine erfolgreiche Durchführung zu hoffen (54). Rechtsgrund ist die sich als zurechenbare Vertragsverletzung darstellende Gefährdung des Leistungsinteresses ("Erfüllungsverweigerung") (55).

Dies gilt - was besonders zu betonen ist - prinzipiell auch im Falle der Interessengefährdung durch Verschlechterung der Vermögensverhältnisse. Hierfür trifft das BGB in § 321 BGB insoweit eine Regelung, als der selbst vorleistungspflichtige Gläubiger im Falle einer solchen Gefährdung seines Anspruchs seine eigene Leistung verweigern kann, bis der Schuldner tatsächlich geleistet oder Sicherheit gewährt hat.

Eine ältere Lehre (56) will die Rechte des Gläubigers hier auf

---

52) Über das Verhältnis zum Arrestgrund i.S.d. § 917 ZPO vgl. unten 5. Kap.

53) Sofern er nicht durch andersartige Sanktionen ausreichend gesichert ist, vgl. z.B. § 840 II2 ZPO.

54) So in den N.48 bis N.51 genannten Entscheidungen.

55) Vgl. BGHZ 11,80 und deutlich Esser, LB (2.A.), § 134,2 (S.603 letzter Absatz).

56) Im Anschluß an RGZ 50,257; insbes. RGZ 53,62; Palandt-Danckelmann § 321 Anm.1; Wilde in RGRK § 321 Anm.4.

die Einrede bezüglich seiner eigenen Vorleistungspflicht beschränken und akzeptiert, daß das Schuldverhältnis "in der Schwebe bleibt und der Verkäufer an den Vertrag gebunden und zur Erfüllungsbereitschaft verpflichtet bleibt" (57). Dies kann aber evident unbillig und unzumutbar sein, wenn nach der auf der Schuldnerseite zutage getretenen Lage von dort nichts mehr zu erwarten ist und der Partner daher daran interessiert sein muß, den ohnehin nicht mehr zu vermeidenden Schaden dadurch zu verringern, daß er seine Ware oder Leistung möglichst rasch anderweitig unterbringt (58). Hier muß die zurechenbare und unzumutbare Interessengefährdung dem Gläubiger sofort die Rechte des § 326 BGB verschaffen.

Zum selben Ergebnis gelangt eine neuerdings im Vordringen begriffene Meinung (59), die dem an sich vorleistungsverpflichteten Gläubiger das Recht gibt, nunmehr seinerseits eine sofortige Leistung Zug-um-Zug zu verlangen (60), oder die ihm - als minus - jedenfalls einen materiellen Anspruch auf Sicherheitsleistung zuspricht (61). Lehnt der Schuldner hier die Leistung Zug-um-Zug oder die Sicherheitsleistung ab, so hat der Gläubiger die Möglichkeit, den Vertrag (wegen Erfüllungsverweigerung) zu stornieren und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (62).

Diese Regelung gilt im übrigen auch dann, wenn keine Vorleistungspflicht des Gläubigers in Rede steht; denn auch hier kann es diesem unter Umständen unzumutbar sein, sich für seine künftige Leistung vorzubereiten und bereit zu halten (63). So vor allem z.B. beim Werkunternehmer, der das Werk bis zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen hat. Seine Arbeit am Werk ist nicht "Vorleistung" (64), da sie als solche noch nicht dem Partner zugute kommt: Beide Leistungen werden erst im Zeitpunkt der Abnahme, also Zug-um-Zug fällig (§§ 640, 641 BGB). Dem Werkunternehmer können aber gegebenenfalls weitere Aufwendungen "ins Ungewisse" nicht zugemutet werden, wenn sein Vergütungsanspruch durch die Vermögensentwicklung des Bestellers in Frage gestellt ist.

Es bleibt die Frage, ob der Interessengefährdung seitens des Geldschuldners auch präventiv durch Rechtszwang auf der Ebene der Primärleistung begegnet werden kann (65).

---

57) So RGZ 53,62,65.
58) Vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, aaO (N.55).
59) Larenz, LB § 18 I a.E.; Soergel-Siebert-Schmidt, § 321 RN 5; Götz, JuS 61,56; wohl auch Esser, LB (3.A.) I, § 24 II2.
60) und einzuklagen.
61) Götz, aaO; vgl. unten II 4 (2).
62) Die Kontroverse wird sich praktisch kaum auswirken, da auch auf dem Boden der älteren Lehre anerkannt wird, daß die "endgültige Erfüllungsverweigerung" die üblichen Rechtsfolgen begründet (vgl. Palandt-Danckelmann, aaO) - und eine solche schon darin gesehen wird, daß der Schuldner einer "Aufforderung" zur Leistung oder Sicherheitsleistung nicht nachkommt.
63) Vgl. auch Rabel, Warenkauf I, S.387; sowie § 83 I u. II Schw.OR (Rücktrittsrecht, falls Sicherstellung verweigert wird).
64) Obwohl dies häufig gesagt wird: RGZ 171,297; BGHZ 50,175; statt vieler: Palandt-Danckelmann, § 641 Anm.1; richtig dagegen Esser, LB (3.A.) II, § 80.
65) Vgl. unten II d.

II. Exkurs: Zum Verhältnis von Erfüllungshaftung und Schadensersatzhaftung im Schuldverhältnis. - Das Bedürfnis für einen Erfüllungszwang.

Unter welchen Umständen erscheint es für den Gläubiger angesichts einer vor Fälligkeit zutage getretenen unzumutbaren Gefährdung seines Leistungsinteresses angezeigt, statt der negativen, den Vertrag auflösenden Sanktion den Weg des Erfüllungszwangs bezüglich der Primärleistung zu beschreiten? Eine allgemein gehaltene Antwort, dies sei immer dann der Fall, wenn ihm mit der negativen Sanktion nicht hinreichend gedient ist, ihm die Vertragsauflösung bzw. eine Liquidation des Erfüllungsinteresses als Schadensersatz "nichts nützt", muß nach den verschiedenen Arten der Schuldverbindlichkeiten differenziert werden.

a) "Unvertretbare Leistungen" im weiteren Sinn.

Bei geschuldeten Handlungen (Arbeits- oder Werkleistungen), die spezifisch an die Person des Schuldners gebunden sind, also nicht "von einem Dritten ausgeführt werden können" (§ 888 Abs. 1 ZPO), kann sich der Schuldner auf dem Wege der Schadensliquidation regelmäßig keine anderweitige Befriedigung des im Vertrag angestrebten speziellen Leistungsziels verschaffen, so daß er ein Interesse daran hat, den Schuldner wirksam und rechtzeitig zur Primärleistung zu zwingen (66). Der wirtschaftliche Schaden einer unterbliebenen Primärleistung kann hier oft kaum beschrieben und berechnet werden, vor allem wenn es sich um ganz persönliche, ideelle Interessen des Gläubigers an der Leistung handelt.

So beispielsweise die versprochene Ausführung eines Baues durch einen Schuldner, der allein über die gewünschte spezielle Fertigungsmethode oder -anlage verfügt; ein Transport mit einem Spezialfahrzeug, das nur der Schuldner besitzt; die Reparatur durch die einzige Spezialwerkstatt (z.B. Rechenanlage); die Anfertigung eines Modellkleides; letztlich künstlerische oder wissenschaftliche "Werkleistungen". Anschaulich auch ein von E r m a n (67) gebildeter Fall: Der Veräußerer einer Aktienmehrheit, der sich den Einfluß auf das Unternehmen erhalten will und daher mit dem Erwerber eine Stimmbindung für den Fall der Aufsichtsratswahl sowie

66) Das sich aus § 888 II ZPO ergebende Problem der Schranken einer Vollstreckung bleibt hier außer Betracht.
67) JZ 60,297,300.

eine Mitwirkung bei der Weiterveräußerung vereinbart hat, könnte im Falle der Verletzung dieser Verbindlichkeiten sein "Interesse" an der spezifischen Erfüllung nur schwer in einem konkreten Schadensersatzanspruch beziffern; rechtzeitiger und wirksamer Erfüllungszwang erscheint daher erforderlich.

Dasselbe gilt ganz allgemein bei künftiger Leistung von Speziessachen, sofern es sich um unvertretbare Sachen handelt, z.B. ein bestimmtes Grundstück (Eigentumswohnung), ein Kunstwerk usf. Auch hier kann der Erwerber jedenfalls sein ideelles Interesse am Leistungsgegenstand nur durch Zwang zur Primärleistung sichern.

Der Weg über den Schadensersatz kann sich aber vor allem auch aus wirtschaftlichen Gründen verbieten, sei es, daß wegen Währungsverfalls der Schadensersatzanspruch wertlos wird, sei es daß bei der Vermögenslage des Schuldners ein Schadensersatz nicht realisiert werden kann, so vor allem, wenn der Nichterfüllungsschaden unverhältnismäßig hoch ausfallen würde oder wenn der Gläubiger seine Leistung schon erbracht hat, und kaum Chance besteht, daß der Schuldner zu einer Rückzahlung in voller Höhe in der Lage sein wird. - Umgekehrt kann selbst der realisierbare Schadensersatzanspruch dann für den Gläubiger "uninteressant" sein, wenn er aus tatsächlichen Gründen keine Möglichkeit hat, sich eine Ersatzleistung zu beschaffen, sei es weil er keinen praktischen Zugang zu den Bezugsquellen hat, sei es, daß nach der Marktlage (angespannter Arbeitsmarkt, schwierige Rohstoffbeschaffung) ein Ersatz praktisch nicht zu bekommen ist: Dies führt der Sache nach zu einer Unvertretbarkeit der bedungenen Leistung (68).

b) Problematisch ist, wie weit bei vertretbaren Leistungen im Falle einer vorzeitigen Gefährdung der Erfüllung ein Bedürfnis zum Rechtszwang auf der Primärebene anerkannt werden kann.

Beispiel: Der Werkunternehmer läßt erkennen, daß mit der termingerechten Ausführung der Reparatur nicht zu rechnen ist; der Architekt bringt notwendige Zwischenzeichnungen nicht bei (69).

---

68) Vgl. z.B. OLG Celle MDR 48,225 (zur Frage der Vertretbarkeit bei praktischen Beschaffungshindernissen).

69) Vgl. Erman, aaO, S.299. - BGH JZ 66,680, wo - obiter - bemerkt wird, der Bauherr könne sich diese Zwischenzeichnungen anderweitig besorgen und die Aufwendungen beim Architekten liquidieren.

Soweit hier ein direkter Rechtszwang vor Fälligkeit der Endleistung einsetzen sollte, müßte eine Vollstreckung durch Ersatzvornahme der "notwendigen Vorbereitungsakte" geschehen (§ 887 ZPO), faktisch also durch ein "Deckungsgeschäft". Regelmäßig wird für die Durchführung eines Erkenntnisverfahrens, das einen solchen vollstreckbaren Titel zeitigen könnte, keine Zeit sein. Daher wird dem Gläubiger hier praktisch nur die Möglichkeit bleiben, den Vertrag angesichts der aufgetretenen Gefährdung ganz (70) zu stornieren, das Deckungsgeschäft zunächst auf eigene Rechnung durchzuführen und dann die Aufwendungen qua Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu liquidieren. Selbst wenn für ein solches Verfahren im Einzelfall einmal Zeit bleiben sollte, etwa weil die Entschlossenheit des Schuldners, den späteren Fertigungstermin nicht einzuhalten, schon lange vorher bekannt wird, fragt es sich, ob Gründe für die Wahl des Weges des direkten Erfüllungszwangs sprechen. E r m a n (71) glaubt für einen solchen Fall, daß der Gläubiger auf der Ebene des Erfüllungszwangs prozessual besser stehe: Er habe nur das Bestehen des Rechts auf vorzeitige Klage und vorzeitigen Vollstreckungsbeginn zu beweisen und könne sich dann, zur Einleitung der Vollstreckung über den Beschluß nach § 887 ZPO, die Zahlung der für die Ersatzvornahme voraussichtlich erforderlichen Summe verschaffen, ohne selbst zunächst für die Kosten aufkommen zu müssen. Der Nachweis des Rechts zur Vertragsstornierung ("ernsthafte Erfüllungsverweigerung") sei demgegenüber schwerer zu erbringen, der Schaden im übrigen erst nachträglich zu errechnen und zu liquidieren. - Diese Begründung ist nicht ganz einleuchtend, denn E r m a n fordert selbst, daß für die Einleitung "vorzeitigen Erfüllungszwanges" eine Gefahr wirklich ernsthaft vorhanden sein müsse und außerdem dem Gläubiger ein schwerer Nachteil bei nicht termingerechter Erfüllung drohen müsse. Der Nachweis dieser Umstände kann aber nicht leichter sein als jener Voraussetzungen, die die Auflösung des Vertrages rechtfertigen würden. Es zeigt sich vielmehr, daß es sich jeweils um denselben Tatbestand der Gefährdung des Gläubigers handelt, der die eine oder die andere Sanktion rechtfertigt. Ist dies

---

70) Vgl. aber das zit. Urteil (N.69), wo von "Teilleistung" geredet wird und offenbar auch an Teilersatzvornahme gedacht ist.
71) AaO, S.301.

aber so, dann bleibt es in der Tat der Wahl des Gläubigers überlassen, welchen Weg der "Ersatzvornahme" er beschreiten will.

Diese Einsicht ist wichtig für die Stellungnahme zur Zulässigkeit von entsprechenden Maßnahmen im Eilverfahren, falls eine Zeit für ein volles Erkenntnisverfahren nicht mehr ausreichend vorhanden ist: Erscheint für die Sicherung des Erfüllungsanspruchs eine vertretbare Handlung des Schuldners geboten, so kann ihm diese auch ggf. durch einstweilige Verfügung geboten werden und diese gemäß den §§ 936, 928, 887 ZPO vollzogen werden, der Schuldner also zur Bereitstellung der Aufwendungen für eine einzuleitende Ersatzvornahme herangezogen werden (72).

c) Die Notwendigkeit, auf die Schadensersatzebene auszuweichen folgt auch nicht etwa aus einer Lücke im Vollstreckungsrecht bei Werklieferungs- oder Beschaffungsschulden. Hat der Schuldner die zu einem späteren Termin zu liefernde Sache erst zu beschaffen oder herzustellen (herstellen zu lassen), und gefährdet er die Erfüllung durch unbotmäßige Verschleppung dieser "Vorbereitung", so kann es fraglich sein, ob ein sichernder Rechtszwang dahin gehen kann, den Schuldner zu solchen Aktionen zu nötigen. Sofern in solchen Fällen nach Fälligkeit ein Leistungs- oder Herausgabetitel vorliegt, ist sehr streitig, ob hier im Wege der §§ 887, 888 ZPO die Beschaffung oder Herstellung erzwungen werden kann. Die überwiegende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung verneint dies (73) mit der Begründung, die Vollstreckung solcher Leistungstitel sei in den §§ 883, 884 ZPO abschließend dahin geregelt, daß beim Schuldner vorhandene (vertretbare oder unvertretbare) Sachen wegzunehmen seien. Müßten diese erst noch vom Schuldner beschafft oder hergestellt werden, so seien auf diese Handlungen auch nicht die §§ 887, 888 ZPO anzuwenden (arg. § 887 Abs. 3 ZPO), da "Schadensersatzansprüche" (für ein Deckungsgeschäft) grundsätzlich nur nach materiellem Erkenntnisverfahren über Grund und Höhe des Schadensersatzanspruchs zuerkannt und vollstreckt werden könnten. Der Gläubiger sei hier daher gemäß § 893 ZPO auf den

---

72) A.A. Erman, aaO, S.301 (1.Sp.); differenzierend Jauernig, ZZP 79 (1966), S.321,339 m.Nachw. - Daß der Schuldner zunächst mit den Nachteilen (und Kosten) der Zwangsmaßnahme belastet und ggf. auf den Schadensersatzanspruch gem. § 945 ZPO verwiesen wird, ist keine Besonderheit dieses Falles, vgl. unten 6. Kap.

73) Vgl. OLG Köln, NJW 58,1355 m.Nachw.

materiellen Schadensersatzanspruch verwiesen (74). Wäre dies richtig, so könnte natürlich auch für das Vorfälligkeitsstadium ein Rechtszwang in Richtung auf die Vornahme solcher zur Beschaffung oder Herstellung erforderlicher Maßnahmen des Schuldners nicht in Erwägung gezogen werden. Der zitierten Meinung, die zu einer unverhofften Lücke im primären Rechtsschutz führt, kann aber nicht gefolgt werden.

§ 887 Abs. 3 ZPO regelt offenbar nur die Frage, wie die reine Herausgabehandlung bei einfacher Schuld zur Übergabe oder Lieferung zu vollstrecken sei und verweist insofern auf die §§ 883, 884 ZPO. Dagegen soll dem Gläubiger nicht der Rechtszwang versagt werden, sofern sein Interesse gerade erst durch eine vom Schuldner zuvor herzustellende (und dann zu übergebende) Sache befriedigt werden kann. Ist der Schuldner zu dieser Leistung verurteilt, dann stehen dem Gläubiger auch die Mittel einer wirksamen Vollstreckung zur Verfügung (75): Die Herstellung der Sache wird, je nachdem, ob dies auch von Dritten ausgeführt werden kann, nach § 887 oder § 888 ZPO erzwungen (76). Daß die Herstellung, sofern sie durch Dritte erfolgen kann (§ 887), im Wege der Ersatzvornahme erfolgt, kann kein Argument gegen die Zulässigkeit dieses direkten Rechtszwanges sein. Es ist dies eben die Form, die das Gesetz zur Vollstreckung "vertretbarer Handlungen" vorsieht. Dies kann nicht durch einen angeblichen Grundsatz überspielt werden, wonach "Schadensersatzansprüche" grundsätzlich nur nach einem vollen Erkenntnisverfahren sollen durchgesetzt werden können (77). Hat sich die Rechtsordnung grundsätzlich für die Haftung auf die Leistung in forma specifica entschieden, so setzt sich der Schuldner, der nicht freiwillig erfüllt, dem Vollstreckungsverfahren aus,

---

74) Stein-Jonas-Pohle, § 883 Anm. I 1b; Thomas-Putzo, Anm. zu § 884; Zöller-Scherübel, Anm. zu § 884 (bzgl. Beschaffung) and. § 883 Anm. 1a (bzgl. Herstellung!).

75) So auch Zöller-Scherübel, aaO, § 883; Baur, Zwangsvollstrekkungsrecht, § 38 I1 (Herstellung nicht vertretbarer Sachen); Baumbach-Lauterbach, § 883 Anm. 1 A a.E. (Herstellung und Beschaffung unvertretbarer Sachen), dagegen § 884 Anm. 1 (kein Zwang zur Anschaffung vertretbarer Sachen); Palandt-Gramm, § 651 Anm.3 (Herstellung von unvertretbaren Sachen; Vollstreckung nach §§ 887 oder 888); Wieczorek, § 887 Anm. 2 IIb-c (der noch eine anschließende Übergabe-Vollstreckung gem. § 883 für notwendig hält).

76) Hartung, NJW 59,566 ff., bemerkt richtig, daß es insofern auf die Unterscheidung vertretbarer und unvertretbarer Sachen nicht ankommt, sondern nur auf die hinsichtlich der Vertretbarkeit oder Unvertretbarkeit der vom Schuldner für die Herstellung zu erbringenden Handlungen. Aus § 887 III folgt aber nicht - wie Hartung meint - die Unzulässigkeit des Zwangs bei vertretbaren Herstellungsschulden. Richtig Erman, JZ 60,297,302.

77) OLG Köln, aaO (N.73).

das ihn - nach seiner Verurteilung zur Primärleistung - bei vertretbaren Handlungen dem Beschlußverfahren nach § 887 ZPO unterwirft, den Gläubiger also zur unmittelbaren Durchführung der Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners ermächtigt. Einen angeblichen Vorrang eines Erkenntnisverfahrens für einen evtl. Schadensersatzanspruch gibt es dagegen nicht.

Dasselbe gilt auch, sofern die "Vorbereitung" der Übergabe der Leistung in einer vom Schuldner erwarteten Beschaffung liegt (78): Ist nur dieser Schuldner in der Lage, das Vertragsobjekt zu beschaffen (z.B. beruflich bedingter Zugang zu den Bezugsquellen), so ist er dazu nach § 888 ZPO anzuhalten. Es ist aber auch kein rechtlicher Grund ersichtlich, dem Gläubiger - sofern die Beschaffung durch Dritte möglich ist - nicht auch den Weg des § 887 ZPO offenzuhalten, obwohl dies sicher kaum praktisch werden wird, weil der Gläubiger sich regelmäßig spontan selbst eindecken, d.h. die Schadensliquidation wählen wird.

Ob der auf die Herstellungs- oder Beschaffungsschuld bezogene Titel die Herstellung besonders nennt oder ob sich dies nur sinngemäß aus ihm ergibt (79), kann für die Zulässigkeit der Handlungsvollstreckung, soweit sie zur Realisierung des Titels erforderlich ist, nicht entscheidend sein (80).

Aus diesen Erwägungen folgt, daß es jedenfalls aus Gründen des positiven Vollstreckungsrechts keine Hindernisse gibt, im Falle einer Gefährdung der Primärleistung den Gläubiger notwendig auf die reine Sekundärhaftung zu verweisen. Soweit die Rechtsordnung den primären Erfüllungszwang anerkennt, kann sich auch eine sichernde Maßnahme vor Fälligkeit bereits auf dieses Ziel ausrichten, sofern dem Gläubiger daran liegt. Die - grundsätzlich immer bestehende - Möglichkeit der Schadensliquidation ist kein Argument gegen einen die Formen des primären Erfüllungszwangs anstrebenden vorbeugenden Rechtsschutz. Der Weg des "materiellen Deckungsgeschäfts" ist weder einfacher noch - wegen eines angeblich unverzichtbaren Erkenntnisverfahrens über Schadensersatzansprüche - vorrangig (81).

---

78) Ebenso Erman, aaO; Baumbach-Lauterbach, aaO (N.75), § 883.
79) Vgl. den Fall BGHZ 48,143, wo es als "selbstverständliche" Nebenleistung anerkannt (und im Titel zugesprochen!) wird, daß der Schuldner eine bestimmte, für den Enderfolg notwendige "Vorbereitungshandlung" (hier: Stimmabgabe) zu vollziehen habe.
80) Ebenso Erman, aaO, S.302 ("Hilfsvollstreckung").
81) Das Erkenntnisverfahren wird ggf. über § 945 ZPO - mit umgekehrten Vorzeichen - nachgeholt, vgl. unten 6. Kap. II.

d) Bei der Geldschuld stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der primären zur sekundären Haftung in eigenartiger Weise:

(1) Prinzipiell steht der Gläubiger des Geldschuldners wirtschaftlich gleich, ob er qua Primäranspruch die "Vergütung" oder qua Schadensersatz wegen Nichterfüllung sein "Interesse" fordert: Vergütung und Erfüllungsinteresse (i.S.d. Schadensersatzanspruchs) sind regelmäßig identisch.

Der Schadensersatzanspruch kann zwar insofern höher ausfallen als die vereinbarte Primärschuld, als noch ein Verzugsschaden dazukommen kann; diesen Schaden könnte der Gläubiger aber auch noch neben einem bestehenden Erfüllungsanspruch liquidieren. - Das "Interesse" an der Vertragsausführung kann allerdings auch dann höher sein als der Betrag der vereinbarten Vergütung, wenn der Geldgläubiger gerade an dem Erbringen seiner eigenen Leistung besonders interessiert ist; vgl. dazu unten (2).

Erschöpft sich aber das vertragliche Interesse des Gläubigers im Erhalt des Betrags der vereinbarten Vergütung, so gibt es regelmäßig keinen Grund, im Falle einer unzumutbaren Gefährdung der Vertragsdurchführung auf dem Vertrag zu beharren und die "Primärleistung" zu sichern und zu erzwingen. Sinnvoll ist hier nur, die (weitere) Durchführung abzulehnen und das Erfüllungsinteresse qua Schadensersatz zu liquidieren - wobei dem Gläubiger noch dazu die Chance bleibt (82), seine eigene Leistung und Kapazität noch anderweitig (u.U. sogar mit höherem Gewinn!) unterzubringen. Für einen Rechtszwang auf Vornahme von Mitwirkungs- oder Abnahmehandlungen (83) besteht in dieser Situation kein Bedürfnis; sein reines Vergütungsinteresse kann er durch ein korrektes Angebot wahren (§§ 294 ff., 324 II, 644 I2 BGB usw.), die eigene Vertragsgemäßheit sowie die Vertragsverletzung des Partners hat er im Falle des (Zahlungs-)Prozesses ohnehin zu beweisen.

(2) Ein Bedürfnis nach präventivem, eine Sicherung der primären

---

82) Falls er seinen Schaden nach der Differenzmethode berechnet. Hat er keine andere Absatzmöglichkeit für das angefangene "Werk", so kann er auch zur Verfügung stellen und nach der Austauschmethode den Schaden veranschlagen.

83) Dies ist für die Mitwirkungshandlungen des Bestellers (§ 642 BGB) allgemeine Meinung, vgl. Köpcke, aaO (1. Kap. N.25), S.72; auch für eine selbständige Klage auf Abnahme - vgl. Esser, LB (3.A.) II, § 79 2a) a.E. - kann dies nur unter den weiteren Voraussetzungen - vgl. unten (2) - anerkannt werden.

Vertragsdurchführung erstrebendem Rechtszwang besteht bei der Geldschuld in zwei Richtungen:

(a) Einmal in den Fällen, in denen der Gläubiger ein Interesse an der Erbringung der eigenen Leistung hat, sei es einfach i.S. eines Absetzens der Ware (Räumung des Lagerraumes usw.), sei es, weil ihm an der Darstellung seiner Leistung liegt (zur Reklame für seine Fähigkeit oder Produktionsmethode; als Künstler, der auf die Ausübung seines Berufes angewiesen ist usf. (84)). - Soweit in diesen Fällen der sich weigernde Partner zu den erforderlichen Mitwirkungen durch Klage gezwungen wird, handelt es sich in Wirklichkeit nicht um Sicherung der Erfüllung der Geldschuld als solcher, sondern um den direkten Erfüllungszwang bezüglich eines zusätzlichen, selbständigen Gläubigerinteresses innerhalb des Vertragsgefüges. Dieses Zusatzinteresse ist nicht wie sonst bei einer Sicherung nur Mittel zu einem ferneren Zweck, sondern u.U. sogar eigentlicher und vorrangiger Vertragszweck, auf den hin die Bindung erst eingegangen wurde.

(b) Der echte Fall einer Gefahr für das Erfüllungsinteresse des Geldgläubigers liegt sonach nur vor, wenn sich der Schuldner der Zahlung als solcher bzw. der Haftung mit seinem Vermögen zu entziehen droht oder die Befriedigung objektiv nicht gewährleistet erscheint.

"Gefahr" meint hier ganz objektiv die Verschlechterung der Aussicht auf die Realisierung der Geldforderung aus dem künftig greifbaren Vermögen des Schuldners, ohne daß eine besondere Prüfung der "Pflichtwidrigkeit" bezüglich einzelner Handlungen des Schuldners, welche diese Situation begründeten, anzustellen wäre (85).

Die Gefahr für die künftige Erfüllung kann sich in zwei Intensitätsstufen darstellen: entweder derart, daß die ungünstige Veränderung der Vermögenslage erst in der Entwicklung begriffen ist, die Befriedigung damit für den Fälligkeitszeitpunkt zwar fraglich erscheint, ein sofortiger sichernder Zugriff aber noch aussichtsreich bleibt, - oder daß die Vermögensverschlechterung schon in dem Maße manifest ist, daß auch nach dem jetzigen Vermögensstand eine Befriedigung nicht mehr gewährleistet ist.

Das Bedürfnis und die Formen eines vorbeugenden Rechtsschutzes

---

84) Vgl. allgemein zur "Beschäftigungspflicht" Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 611 RN 265 ff.
85) Vgl. oben 3. Kap. II 3c.

und -zwanges variieren in diesen verschiedenen Situationen. Im gegenseitigen Vertrag hat der Gläubiger, solange er noch nicht selbst geleistet hat, die Möglichkeit, seinen Schaden im wesentlichen dadurch hintanzuhalten, daß er seine Leistung zurückhält (86), sei es aufgrund der Einrede des § 320 BGB, sofern die sofort fällige Zahlung nicht angeboten wird, sei es aufgrund der Einrede des § 321 BGB, sofern er vorzuleisten verpflichtet wäre.

Kann der Gläubiger hier seine Leistung noch anderweitig verwerten (Sachleistungen mit allgemeiner Absatzmöglichkeit), so beschränkt sich sein aktuelles Sicherungsbedürfnis u.U. auf die - anderweitig nicht realisierbare - Gewinnspanne.

Bedeutet dagegen die Zurückhaltung der eigenen Leistung gleichzeitig deren wirtschaftlichen Verlust (der Dienstverpflichtete kann seine Arbeitskraft z.B. nicht sofort anderweitig verwerten), so entsteht mit Eintritt der Gefahr für die Gegenleistung sofort das Bedürfnis, über die Zurückbehaltung hinaus das ganze Erfüllungsinteresse zu sichern.

In solchen Fällen wie auch ganz allgemein, wenn die Gegenleistung schon erbracht ist oder es sich von vornherein nur um einen einseitigen Anspruch gegen den Geldschuldner handelt (87), kommt als Mittel, der Gefährdung des Leistungsinteresses zu begegnen, nur die sofortige Sicherheitsleistung für das gesamte Erfüllungsinteresse in Betracht. Dies kann praktisch auf zwei Wegen geschehen: durch Gewährung eines - sofort durchsetzbaren - materiellen Anspruchs auf Sicherheitsleistung, sowie durch die prozessuale Möglichkeit, sich eine Kaution in Form des dinglichen Arrestes zu verschaffen. Beide Formen können als Ausprägung eines Prinzips verstanden und in Beziehung gesetzt werden: Als Sanktion auf eine schuldinadäquate Entwicklung der Sonderverbindung, wobei als Korrelat der Illoyalität eines Partners dem anderen das Recht gewährt wird, sich zu seinem Schutz einen Eingriff in die Sphäre des unzuverlässigen Partners zu verschaffen.

Dagegen kann die eingetretene Gefährdung der Erfüllung nicht zu einer Vorverlagerung der Fälligkeit des Anspruchs führen; der

---

86) Vgl. entsprechend beim Darlehensvertrag § 610 BGB.

87) Auch der Bürge ist gegenüber dem Hauptschuldner in dieser Position hinsichtlich seines Befreiungs- oder Aufwendungsersatzanspruchs, da er sich der (künftigen) Inanspruchnahme durch den Gläubiger nicht widersetzen kann. Dies erfordert eine Regelung i.S.d. § 775 II BGB.

Gläubiger kann nicht sofortige Erfüllung verlangen, wenn sein Interesse durch eine Sicherheitsleistung bewahrt werden kann (vgl. unten 7. Kap. IV). Demgemäß ist auch die Meinung zu weitgehend (88), die - im Rahmen des § 321 BGB - dem Vorleistungspflichtigen das Recht gibt, sofort seinerseits auf Erfüllung (Zug-um-Zug gegen seine Leistung) zu klagen. Dieser kann allenfalls - auf der Sekundärebene nach Abgehen von der Vertragsdurchführung - zu einer sofortigen Liquidation seines Erfüllungsinteresses (wie es sich, der Höhe nach, in diesem Zeitpunkt darstellt) gelangen. Will er aber am Vertrag und Leistungsaustausch grundsätzlich festhalten, so bleibt zunächst nur die Stabilisierung des gestörten Vertragsverhältnisses über eine sichernde Zwischenmaßnahme: er kann eine Sicherheitsleistung verlangen; die Gefährdung des Leistungsinteresses konstituiert einen materiellen Anspruch auf Sicherheitsleistung, § 321 BGB (89).

---

88) Larenz, LB I, § 18 I; Soergel-Siebert-Schmidt, § 321 RN 5.
89) Vgl. unten 5. Kap. (S.83 ff.); Götz, JuS 61,56,59.

5. Kapitel: Die präventive Sanktion (A) - Anspruch auf Sicherheitsleistung und dinglicher Arrest.

I. Anspruch auf Sicherheitsleistung im materiellen Recht.

1. Die im materiellen Recht normierten Fälle eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung knüpfen zum Teil ausdrücklich an das Erfordernis einer Gefährdung des Anspruchs (durch Vermögensverschlechterung oder sonstige Vertragsilloyalität - so §§ 775 Abs. 2, 1051, 1067, 1389; auch 1667/68, 1651, 2128 BGB); in anderen Fällen ergibt sich die "Gefährdung" aus den konkret zu beurteilenden Umständen (vgl. §§ 843 Abs. 2; 1844; 1382 Abs. 2, 3 BGB) oder die Situation ist von vornherein so, daß der Gläubiger keinen Grund hat, dem Schuldner einen Vertrauenskredit einzuräumen, und daher die Stundung nur bei Sicherheitsleistung zumutbar erscheint (z.B. §§52; auch 843, 1039 BGB).

Das frühere Recht kannte noch vielerlei andere materielle "Kautionsansprüche" (1), die heute mit den Mitteln des Arrestes verfolgt werden. Schon B r i e g l e b (2) und M e r k e l (3) haben auf die Verbindung von materiellen Kautionsansprüchen zum dinglichen Sicherheitsarrest hingewiesen.

Das durchgängige Prinzip ist unverkennbar: Es soll die künftige Verwirklichung des Anspruchs angesichts einer zutage getretenen Gefährdung, insbesondere in Form der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse oder durch Wegfall oder Fehlen einer Vertrauens- und Kreditbasis, durch eine Sicherheitsleistung des Schuldners gewährleistet werden (4).

Sofern es sich in den genannten gesetzlichen Fällen primär nicht um Geldansprüche handelt (z.B. §§ 2128, 1039 BGB), soll die Sicherheitsleistung der späteren Durchsetzung eines evtl. Schadensersatzanspruches dienen. Dies entspricht der in § 916 ZPO

---

1) Vgl. dazu z.B. RGZ (1891) 27,291 (zum ALR); RG JW 97,586 Nr.71.
2) Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859), S.2.
3) Merkel, Über Arrest und einstweilige Verfügung (1880), S.3.
4) Vgl. auch die insofern unkomplizierte gemeinrechtliche Doktrin, die unter den "Realkautionen" ohne weiteres die aufgrund materiellen Rechts zu leistenden mit den durch Arrest verfügten zusammenfaßt; Windscheid, Pandekten I, § 134.

vorgesehene Möglichkeit, allgemein auch bei "Individualansprüchen" sogleich den evtl. späteren Schadensersatz durch Arrest zu sichern.

2. Neben diesen gesetzlich geregelten Einzelfällen besteht die materiellrechtliche "Generalklausel" des § 321 BGB, die im gegenseitigen Vertrag dem Gläubiger einer noch nicht fälligen (Geld-)Forderung im Falle der Gefährdung seines Anspruchs gestattet, vom Schuldner Sicherheitsleistung "zu verlangen", falls dieser seinerseits auf der Vorleistung besteht. Daß es sich hier um einen materiellen Anspruch auf Sicherheitsleistung handelt, wird vielfach bestritten, kann aber sinnvollerweise nicht bezweifelt werden (5): Wenn dem Gläubiger im Hinblick auf die Gefährdung seines Anspruchs nicht zugemutet wird, seine eigene Leistung ohne eine Sicherheitsleistung (oder Erfüllung) seitens des Schuldners zu erbringen (bzw. u.U. auf unbestimmte Zeit bereit zu halten), so kann dies nur bedeuten, daß er seinerseits berechtigt sein muß, die unzumutbare Situation dadurch zu beenden, daß er aktiv seine Leistung gegen Sicherheitsleistung anbietet, also Sicherheitsleistung verlangt (und ggf. einklagt). Kommt es zur Sicherheitsleistung des Schuldners, so "erfüllt" dieser einen darauf gerichteten Anspruch (5a). Umgekehrt: Verweigert der Schuldner die Sicherheitsleistung, dann kommt er im Sinne des § 326 in Verzug mit einer ihm obliegenden (Sicherungs-)Leistung; der Gläubiger kann ggf. die Rechte aus § 326 geltend machen (6).

Was in der Situation des gegenseitigen Vertrages mit Vorleistungspflicht des Gläubigers, also Kreditierung der Gegenleistung, gilt,

---

5) Vgl. dazu bereits oben 4. Kap. I3 (2); RGZ 54,358, das für die Gegenmeinung auch gelegentlich herangezogen wird, erklärt nur, daß sich der Käufer nicht vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Vorleistung des Verkäufers zur Sicherheitsleistung bereitfinden muß, läßt aber den Umkehrschluß zu, daß der Verkäufer im Zeitpunkt seiner Vorleistung die Sicherheitsleistung verlangen könne und daß ihn eine Weigerung des Gegners zur Vertragsauflösung i.S.d. § 326 berechtige.

5a) Zur Frage der "Kongruenz" dieser Deckung i.S.d. § 30 KO vgl. unten III.

6) Ebenso Götz, JuS 61,50; Larenz, LB § 18 I a.E.; Soergel-Siebert-Schmidt, § 321 RN 5; und im Erg. auch die h.M., die hier zu einem Schadensersatz aus "positiver Vertragsverletzung" kommt, Palandt-Danckelmann, § 321 Anm. 3.

muß umsomehr in den Fällen einseitiger Kreditierung eines Geldanspruchs gelten: Auch hier schafft die Gefährdung des Anspruchs ein materielles Recht, Sicherheitsleistung verlangen zu können. Dies hat das Gesetz für besonders wichtige Fälle dieser Art einzeln geregelt (vgl. oben Ziffer 1, insbesondere §§ 775 Abs. 2; 843 BGB; künftige Schadensersatzansprüche in den §§ 1051, 1067, 1844 BGB). Es bestehen keine ersichtlichen Bedenken, dies als Prinzip zu verallgemeinern. Das führt zu der allgemeinen These, daß bei Geldansprüchen bereits im Vorfälligkeitsstadium ein Überschreiten des im Vertrag oder in der Natur der Verpflichtung angelegten Kredit- und Vertrauensrahmens durch die Schuldnerseite, welche die künftige Erfüllung gefährdet und in diesem Sinne ein tatenloses Zusehen des Gläubigers unzumutbar erscheinen läßt, diesem als Korrelat das materiell zu verstehende Recht gibt, das der Verbindlichkeit adäquate Gleichgewicht durch "Eingriff" in die Schuldnerseite wieder herzustellen, diesen zu einem Einlenken auf seine Erfüllungsschuld, praktisch: zu einer Sicherheitsleistung zu nötigen. Vor dem Hintergrund des § 242 BGB in Verbindung mit der sachgemäßen Auslegung des Vertrages entsteht aus der Gefährdung ein Anspruch auf Sicherung. Das Moment der "Gefährdung" der Erfüllung konstituiert im Ablauf der Schuldverbindlichkeit einen besonderen Anspruch als Äquivalent dieser "Leistungsstörung", wie der Fall der (zurechenbaren) Vereitelung der Erfüllung den Schadensersatzanspruch entstehen läßt (7).

Dieser Anspruch ist, wie jeder Sicherheitsleistungsanspruch, grundsätzlich unspezifiziert, d.h. der Schuldner hat die Wahl, auf welchem Wege er den Gläubiger beruhigt, er hat nur in den Vertragsrahmen zurückzukehren, indem er durch eine Sicherheitsleistung die schuldgemäße Aussicht des Gläubigers auf Erfüllung seines Leistungsinteresses wieder herstellt. Den Schuldner trifft also keine spezialisierte Einzelpflicht, dem Gläubiger ein Pfandrecht zu bestellen oder einen Betrag zu hinterlegen (8); ihm bleibt

---

7) Vgl. zu der dogmatisch analogen Betrachtung im Deliktsrecht unten 7. Kap. II1.

8) Dementsprechend kann im Falle des Arrestes nicht argumentiert werden: weil den Schuldner keine Pflicht zur Pfandbestellung treffe, werde kein materieller Anspruch realisiert; vgl. unten II.

insofern die Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit bis zum Zeitpunkt einer evtl. Zwangsvollstreckung (9), seine "Schuld" geht nur auf "Sicherung" der Endleistung schlechthin, womit dem Gläubigerinteresse in diesem Stadium der Vertragsabwicklung genügt wird.

II. Klage auf Sicherheitsleistung und dinglicher Arrest.

Der aus Anlaß einer Gefährdung des Leistungsinteresses entstandene materiellrechtliche Anspruch auf Sicherheitsleistung kann grundsätzlich im Wege der Klage verfolgt werden, wobei im vollen Erkenntnisverfahren das Bestehen des Leistungsanspruchs sowie die "Gefährdung" als besondere Voraussetzung der Entstehung des Sicherungsanspruchs geprüft werden.

Das ist für die im Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle der Sicherheitsleistung, sofern sie die "Gefährdung des Anspruchs oder Rechts" noch besonders ansprechen, unzweifelhaft. Wenn aber hier von dem "unsicheren Kriterium" einer vorliegenden Gefährdung die Begründetheit des Anspruchs abhängt, so kann aus diesem Gesichtspunkt kein Argument gegen die generelle konstituierende Wirkung des (je nach Vertragslage zu fassenden und zu interpretierenden) Gefährdungstatbestandes gewonnen werden.

Die Langwierigkeit dieses Verfahrens und die Eilbedürftigkeit des Sicherungszugriffs können es erfordern, den Sicherungsanspruch im summarischen Verfahren des Arrestes zu verfolgen: Die Voraussetzungen sind entsprechend eine "Gefährdung", d.h. eine zu besorgende Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsverwirklichung des Gläubigers (10), allerdings von der Art, daß gerade diese Eilmaßnahme im summarischen Verfahren geboten erscheint (§ 917 ZPO: ... ohne die Verhängung des dinglichen Arrestes.) An die Stelle des vollen Erkenntnisverfahrens tritt die

---

9) § 264 BGB; vgl. Palandt-Danckelmann, § 232 Anm.1.

10) Die §§ 916,917 ZPO sprechen i.G. zu § 935 ZPO - zwar nur die Vollstreckung des Urteils bzw. die Sicherung der Zwangsvollstreckung an (offenbar, weil vor allem an den Fall der bereits anhängigen Hauptsacheklage gedacht ist). Der Sache nach geht es aber durchaus auch - und in erster Linie - um die Gefährdung der freiwilligen Erfüllung des Anspruchs. Insofern besteht kein Unterschied zwischen den Formulierungen des materiellen Rechts, die von einer Gefährdung des Anspruchs usw. reden.

Glaubhaftmachung des Erfüllungsanspruchs sowie des "Arrestgrundes", d.h. der Gefahr für die künftige Erfüllung des Anspruchs, welche entweder wegen eines lang währenden Hauptprozesses oder weil dieser Anspruch noch nicht fällig ist (§ 916 Abs. 2 ZPO), gegenwärtig nicht selbst erzwungen werden kann.

Das Verhältnis dieser auf Grund eines Arrestes erlangten Sicherung des Gläubigers zum materiellen Recht ist umstritten. Die überwiegende Meinung geht dahin, dieser Sicherung liege kein entsprechendes materielles Recht auf Sicherstellung oder Sicherheitsleistung zugrunde:

So bemerkt z.B. B l o m e y e r (11), die Erwirkung des Arrestes setze keinen entsprechenden materiellen Anspruch auf Sicherheitsleistung voraus, wie sich aus § 916 ZPO kein solcher materieller Anspruch ergäbe, der mit einer Klage verfolgt werden könne. Begründet wird dies damit, daß in den Fällen materieller Ansprüche auf Sicherheitsleistung nicht ohne weiteres ein Arrest erwirkt werden könne, da diese - vor allem bei Vereinbarung einer Sicherheitsleistung - häufig unabhängig von einer Gefährdung des Rechts begründet und dann nur durch Klage geltend zu machen seien. Andererseits hindere das Bestehen des materiellen Anspruchs auf Sicherheitsleistung den Gläubiger nicht, gerade diesen Anspruch durch Arrest zu sichern, sofern die Arrestvoraussetzungen gegeben seien; diese deckten sich aber gerade nicht vollständig mit den materiellen Voraussetzungen dieser Ansprüche. Und endlich: Erbringe der Schuldner im Rahmen des Arrestverfahrens freiwillig eine Sicherheitsleistung, so erfülle er damit nicht eine ihm materiell obliegende Verbindlichkeit, sondern er nehme nur das Recht wahr, die Vollziehung des Arrestes abzuwenden oder seine Aufhebung zu erwirken, § 923 ZPO (12).

Dem gegenüber äußerte sich das Reichsgericht früher ganz unbefangen über das Verhältnis materieller Ansprüche auf Sicherheitsleistung zum "Recht, Sicherstellung unter den Voraussetzungen des Arrestschlages zu fordern" (13): Ein im materiellen Recht normiertes Recht, Sicherstellung unter der Voraussetzung der Besorgnis der Vereitelung oder Gefährdung verlangen zu können, sei von dem Recht, Sicherstellung unter den Voraussetzungen des Arrestschlages zu fordern, begrifflich nicht verschieden. Der innere Grund und der Zweck beider Rechte sei gleich; das erstere sei nur eine besondere Ausgestaltung des letzteren (14).

---

11) Zivilprozeßrecht, § 119 I 3, S.658; ganz im selben Sinn auch schon Siber, Rechtszwang, S.80 ff.; ähnlich etwa Stein-Jonas-Pohle, Vorb. II 1 vor § 916.

12) So Siber, aaO.

13) Z.B. RGZ 27,292,295.

14) Vgl. auch Materialien: Begründung des Entwurfs zur CPO, § 741 E, S.448/49 (= Hahn, S.471).

Die Argumentation der überwiegenden Meinung ist nicht überzeugend: Bei vorurteilsloser Betrachtung kann der innere Zusammenhang und die sachliche Identität der materiellrechtlichen Kautionsansprüche und jener durch den Arrest verwirklichten nicht übersehen werden. Daß nicht in jedem Fall eines im materiellen Recht gewährten Sicherstellungsanspruchs der Gläubiger ohne weiteres einen Arrest ausbringen kann, ist kein hinreichendes Gegenargument: Sofern der Anspruch auf einer Vereinbarung beruht, sind die Parteien natürlich ungehindert, den Anspruch unabhängig vom Bestehen einer Gefährdung zu begründen. Dahinter steht allerdings, daß der Gläubiger dem Schuldner bezüglich des betagten Hauptanspruchs keinen besonderen Vertrauenskredit einräumen will und von ihm eine sofort (oder unter anderweitig bestimmten Umständen) fällige Sicherheitsleistung begehrt. Verweigert der Schuldner diese, ist aber noch keine direkte Gefahr für die Hauptleistung vorhanden, so besteht für den Gläubiger in der Tat kein Bedürfnis, im Eilverfahren vorzugehen; regelmäßig wird aber auch hier mit der Verweigerung ein Arrestgrund eingetreten sein. - Soweit das Gesetz die Sicherheitsleistung nicht ausdrücklich an eine besondere Gefährdung knüpft, hat dies - wie ausgeführt - seinen Grund entweder darin, daß eine Gefahr als latent vorausgesetzt wird oder aus der Natur des Hauptanspruchs bzw. dem allgemeinen Verhalten des Schuldners jedenfalls kein Anlaß für einen Vertrauenskredit besteht. Auch hier ist die Frage nur die, ob die grundsätzlich gesehene oder vermutete Gefahr für den Hauptanspruch sich so konkretisiert hat, daß ein Zugriff im Eilverfahren geboten erscheint (quasi als besondere Rechtsschutzvoraussetzung für diese Verfahrensart).

Wichtiger ist die umgekehrte Frage, ob unter den sachlichen Voraussetzungen eines Arrestzugriffs das Bestehen eines entsprechenden materiellen Anspruchs auf Sicherheitsleistung bejaht werden kann. Dies ist zwar kaum von praktischer Bedeutung in der Hinsicht, ob der Gläubiger statt des Arrestes auf Sicherheitsleistung klagen könne, denn das - umständlichere - Erkenntnisverfahren wird aus tatsächlichen Gründen regelmäßig ausscheiden. Immerhin sind Fälle denkbar, daß der Gläubiger, der erschöpfende

Beweismittel präsent hat, u.U. eine sicherere Position durch das Erkenntnisverfahren erstrebt und sich nicht einer "Gegenglaubhaftmachung" des Schuldners aussetzen will. Von Bedeutung wird die Antwort aber vor allem im Rahmen der §§ 30 KO sowie des 945 ZPO (15).

Nach dem bisher Gesagten muß entgegen der h.M. festgestellt werden, daß die Voraussetzungen, die sachlich einen Arrest rechtfertigen, sich auch im materiellen Recht als ein Moment darstellen, das im Rahmen der Sonderverbindung den Schuldner nötigt, dem Sicherungsverlangen zu entsprechen. Dies kann er, indem er die "Gefahr" beseitigt, sei es durch Änderung der gefährdenden Umstände, sei es durch eine anderweitige Sicherstellung des Gläubigers. Aus § 916 "ergibt" sich demnach zwar kein materieller Anspruch auf Sicherheitsleistung; wohl aber ergibt sich dieser aus dem materiellen Recht selbst, d.h. aus der Anlage und Interpretation des Schuldgefüges nach den konkreten Umständen angesichts der eingetretenen Gefährdung.

Dem entsprechen durchaus die Bestimmungen über die Sicherheitsleistung des Schuldners im Rahmen der Regelung des Arrestes: Der Schuldner kann die Aufhebung der Arrestanordnung erreichen, wenn der Arrestgrund, d.h. die Gefährdung weggefallen ist - § 927 ZPO, wobei dieser Effekt eben gerade auch dadurch bewirkt werden kann, daß der Schuldner sich freiwillig zur Sicherheitsleistung erbietet. Die Vollziehung des Arrestes kann er durch Hinterlegung der Lösungssumme abwenden (§§ 923, 924 ZPO). War die Anordnung des Arrestes "von Anfang an gerechtfertigt", weil ein Arrestgrund zunächst bestand, so zeigt § 945 ZPO, daß der Schuldner letztlich zu Recht diese Sicherheitsleistung erbringen mußte, also dem Gläubiger zur Sicherstellung "verpflichtet" war. Daß diese auf Grund einer gerichtlichen Anordnung (Lösungssumme im Arrestbefehl bzw. Abhängigmachen der Aufhebung von der Sicherheitsleistung im Aufhebungsbeschluß) erfolgt, kann nichts daran ändern, daß der Schuldner hier nur erbrachte, was der Gläubiger wegen der eingetretenen Gefährdung vom Schuldner erwarten durfte. Der Schuldner hätte auch von Anfang an den Zugriff des Gläubigers verhindern können, wenn er sich sofort zu einer Sicherheitsleistung an den Gläubiger bereitgefunden hätte: Damit hätte er die Gefahr für das Erfüllungsinteresse des Gläubigers beseitigt, sowohl im materiellen Sinn wie im Sinne des Arrestgrundes; denn ein solcher fehlt nach h.M., wenn der Gläubiger ausreichende

---

15) Vgl. unten III. sowie 6. Kap.

Sicherheit besitzt (16); ein Arrestgesuch wäre als unbegründet zurückzuweisen (17).

III. Anhang: Arrestsicherung und kongruente Deckung - § 30 KO.

Nach ganz einhelliger Meinung ist die durch Arrestpfändung erwirkte Sicherung eines Konkursgläubigers eine "inkongruente", also eine solche, die der Gläubiger nicht bzw. nicht so zu beanspruchen hatte; er ist daher der erleichterten Konkursanfechtung im Sinne des § 30 Ziffer 2 KO ausgesetzt. Dies wird allgemein damit begründet, daß im Erfüllungsanspruch kein Anspruch auf Sicherung enthalten sei (18), und daß die Arrestanordnung, auf Grund deren die Arrestpfändung erfolge, als solche kein materielles Recht auf Sicherung begründe (19), insbesondere keinen materiellen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts erwachsen lasse (20). (Derselbe Standpunkt wird ganz allgemein für Pfändungen und andere Sicherungen im Wege der Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren Titeln vertreten (21)).
Leistet der Schuldner dagegen auf Grund eines im materiellen Recht (Gesetz oder vertragliche Vereinbarung) begründeten Anspruchs auf Sicherheitsleistung, so kann diese als kongruente Deckung nur unter den schwereren Voraussetzungen des § 30 Ziffer 1 KO angefochten werden.

Der Widerspruch dieses allgemein anerkannten Befundes zu der obigen These der sachlichen Gleichwertigkeit beider Sicherungsformen erweist sich aber bei näherem Zusehen als ein nur scheinbarer und begriffsjuristischer:

---

16) Baumbach-Lauterbach, § 917 Anm.1D; Blomeyer, aaO (N.11), § 119 I 2c; Thomas-Putzo, § 917 Anm.1. Dies als Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses zu bezeichnen, ist allerdings unzutreffend. Richtig insofern Zöller-Scherübl, § 917 Anm.1 (Arrestgrund fehlt); vgl. auch Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S.77 gegen die - noch weitergehende - These, die den Arrestgrund insgesamt als ein Moment des Rechtsschutzbedürfnisses behandelt.
17) Baur, aaO.
18) BGHZ 34,254.
19) And. z.B. früher Sarwey-Bossert, Komm. zur KO, § 30 Bem. 7b) a.E.
20) RGZ 55,321; 39,123.
21) Seit RGZ 10,33; RGZ 78,334; h.M., z.B. Böhle-Stamschräder, § 30 KO Anm. 4c; BGHZ, aaO (N.18) m.Nachw.

(a) Zunächst ist zu beachten, daß die Tatbestandsalternative einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners und einer Kenntnis des Gläubigers hiervon (§ 30 Ziffer 2 a.E.) bei Sicherungen im Wege der Zwangsvollstreckung kaum praktisch werden kann: Der Schuldner ist ohne sein Zutun dem Zwangszugriff ausgesetzt und kann eine Begünstigung sonach nicht wollen und praktizieren (22) (von dem Fall einer "verabredeten Pfändung" abgesehen (23)). Pfändungen in der Zehn-Tage-Frist werden sonach praktisch nicht über § 30 Ziffer 2 erfaßt werden können. Es geht also entscheidend nur darum, welche Beweislastanforderungen an die Kenntnis des Gläubigers von der erfolgten Zahlungseinstellung bzw. des Konkursantrages gestellt werden sollen (24).

(b) Rechtspolitisch erscheint es durchaus gerechtfertigt, die während der Krise durch Vollstreckungsakte erlangten Sicherungen (Arrestpfand bzw. -hypothek, normales Pfändungspfandrecht usw.) einer erleichterten Anfechtung zu unterwerfen, weil nur so der grundsätzliche Zweck der Konkursanfechtung, vom Ausbruch der Krise an die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherzustellen, weitgehend erreicht werden kann (25). Diese Entscheidung könnte unabhängig von der Qualifizierung als "zu beanspruchende oder nicht zu beanspruchende Sicherung" sinnvoll erfolgen. Die Frage muß dahin gestellt werden, was der innere Grund für die Bevorzugung der auf Grund eines gesetzlich normierten oder vertraglich vereinbarten Sicherungsanspruchs erlangten Sicherheiten ist.

Die Vorstellung des Gesetzgebers ging offenbar dahin, daß bei dem Gläubiger, der auf Grund eines solchen Sicherungsanspruchs quasi "jederzeit" vom Schuldner Sicherstellung verlangen könne, eine geringere Vermutung für seine Kenntnis der Zahlungseinstellung (Konkursantrag) besteht als bei jenem, der sich - aus "gegebenem Anlaß" - zu einem raschen Zwangszugriff veranlaßt sieht oder den Schuldner zu einer "freiwilligen" Sicherstellung zur Abwendung

---

22) RGZ 78,333.
23) Vgl. das Beispiel bei Baur, Zwangsvollstreckungsrecht, § 64 II c 4, S.312.
24) Um diese Kenntnis geht es auch durchweg bei den hierzu ergangenen Entscheidungen.
25) Vgl. Jäger-Lent, § 30 KO RN 55,56. Dem Versuch Sibers, Rechtszwang, S.156 ff., die Sicherung i.R. der Zwangsvollstreckung insgesamt als "Beginn der Befriedigung" des Gläubigers zu begreifen und damit - wie freiwillige Erfüllung - den § 30 Ziffer 1 KO zu unterstellen, ist insofern nicht zu folgen.

der Vollstreckungsmaßnahme bewegt. In diesem Fall soll er seine Unkenntnis beweisen, wenn er den vor den übrigen Gläubigern noch erlangten Vorteil behalten will. - Dieser Gedanke kann aber ersichtlich nicht konsequent durchgehalten werden: Sofern die Entstehung des materiellen Anspruchs auf Sicherheitsleistung selbst gerade von dem Eintritt einer prekären Lage abhängt (§§ 775 Abs. 2, Abs. 1 Ziffer 1; 2128 BGB usf.), spricht nichts für eine größere Ahnungslosigkeit des Gläubigers gegenüber dem, der unter denselben Voraussetzungen etwa ein Arrestpfandrecht erwirkt. Warum ein Bürge (einer noch nicht fälligen Hauptforderung), dem es gelang, den Schuldner nach Eintritt der Zahlungseinstellung noch zu einer Sicherheitsleistung in Form einer Pfandbestellung zu bewegen, gegenüber einem sonstigen Gläubiger einer noch nicht fälligen Forderung (z.B. einem Verkäufer, der schon geliefert, den Kaufpreis aber gestundet hat), der dasselbe durch Arrestpfändung oder durch "freiwillige Sicherheitsleistung" des Schuldners erreicht, bevorzugt werden soll, ist kaum einzusehen.

Das gilt noch mehr, falls sich der materiell ausdrücklich Berechtigte selbst auf dem Zwangswege die Sicherung verschafft: Daß er zu diesem Mittel greift, sollte auch hier hinlänglich verdächtig erscheinen. Trotzdem wird meist (26) die von einem Gläubiger, der Anspruch auf Bestellung einer Hypothek hat, erwirkte Zwangshypothek als "kongruent" und dem § 30 Ziffer 1 KO unterfallend behandelt.

Dem genannten Grundgedanken des Anfechtungsrechts, einzelnen Konkursgläubigern während der Krise keine Vorzugsrechte mehr zukommen zu lassen, entspricht es allerdings, wenn nach allgemeiner Praxis schon dann eine Sicherung durch Arrest überhaupt versagt wird, wenn die Gefährdung des Anspruchs gerade aus der Konkurrenz anderer Gläubiger - also einer mehr oder weniger akuten Krise - resultiert (27): Dies wird schon nicht als zureichender Arrestgrund betrachtet. Erzielt er aber den Arrest während der Krise, jedoch durch Glaubhaftmachung anderer Gründe, so mag er zu Recht beweisen, daß ihm die Zahlungseinstellung nicht bekannt war.

Aber auch bei den sonstigen materiellen (gesetzlichen oder vertraglichen) Ansprüchen auf Sicherheitsleistung erscheint die gesetzliche Differenzierung nach Kongruenz und Inkongruenz teilweise fragwürdig: Die Bevorzugung z.B. eines Bauhandwerkers, der noch während der Krise (mittels einstweiliger Verfügung!, vgl. BGH 34,258) eine Vormerkung für seine nach § 648 BGB zu beanspruchende Sicherungshypothek erwirkt, gegenüber einem sonstigen Lieferanten, der im selben Zeitpunkt auf Grund eines vollstreckbaren oder gar rechtskräftigen Titels sich ein Pfändungspfandrecht oder eine Zwangshypothek verschafft (28), erscheint willkürlich.

Anders ist u.U. die Lage im Falle eines vertraglich vereinbarten Anspruchs auf Sicherstellung, wenn dieser nicht vom Eintritt einer bestimmten konkreten Gefahr abhängig gemacht wurde: Hat sich der Darlehensgeber sofort die Bestellung einer Hypothek ausbedungen

---

26) Jäger-Lent, § 30 Anm.57; Böhle-Stamschräder, § 30 Anm. 4c.
27) Statt aller: Thomas-Putzo, § 917 ZPO, Anm.1.
28) Dieser wird sich heute allerdings regelmäßig durch Eigentumsvorbehalt gesichert haben.

oder der auf Kredit liefernde Händler sich die Abtretung von Kundenforderungen bis zu einem ständig zu wahrenden "Sicherungsplafond" zusagen lassen (29), so können sie diese Sicherung "jederzeit" fordern (worin zum Ausdruck kommt, daß dem Gläubiger von vornherein kein wahrer Kredit gewährt wird). Fällt dies bereits in die Krise, so erscheint es sachgerecht, daß sie diesen Vorteil nur verlieren sollen, wenn ihnen die Kenntnis der Zahlungseinstellung nachgewiesen wird. Die Umkehrung der Beweislast ist dagegen gerechtfertigt, wenn auch nach der materiellen Absprache bereits ein mehr oder weniger enger Bezug auf besondere Schwierigkeiten des Schuldners besteht. Dies gilt z.B. - wie der BGH zu Recht entschieden hat (30) - schon dann, wenn sich der Gläubiger in allgemeinen Geschäftsbedingungen ausbedungen hat, "jederzeit die Bestellung einer bankmäßigen Sicherheit verlangen zu können". Nötigt er dem Schuldner auf Grund dieser Bestimmung während der Krise noch die Bestellung einer Grundschuld ab, so kann er damit in der Tat nicht besser stehen als ein anderer Gläubiger, der sich ohne eine solche allgemeine Klausel noch eine "freiwillige" Hypothek für seine Kaufpreisforderung verschafft (31) oder - auf Grund vollstreckbaren Titels oder eines Arrestbefehls - noch eine Zwangshypothek erwirkt. Bei keinem kann eine Vermutung für seine Unkenntnis der Krise (Zahlungseinstellung) sprechen.

Als "kongruente Deckung" behandelt die Rechtsprechung den Fall, daß sich ein Gläubiger eines auf Einräumung eines dinglichen Rechts gerichteten Anspruchs hierfür mittels Vormerkung noch während der Krise eine Sicherung verschafft, und zwar gleichgültig, ob dies auf Grund freiwilliger Bewilligung oder einer einstweiligen Verfügung geschieht, § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB (32). Daß hier nicht unbedingt eine Vermutung für eine Bösgläubigkeit des Gläubigers spricht, folgt schon daraus, daß gemäß § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB auch die einstweilige Verfügung nicht an die Glaubhaftmachung einer besonderen Gefährdung des Anspruchs anknüpft. Folgt man dazu noch der Meinung, daß in der Begründung eines solchen Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück in der Regel auch die Verpflichtung zur Bewilligung einer entsprechenden Vormerkung enthalten ist (33), so entspricht dies tatsächlich der Situation, daß der Gläubiger jederzeit jene Sicherung verlangen und durchsetzen kann, ohne sich hierbei hinsichtlich seiner Kenntnis besonders verdächtig zu machen. Dies rechtfertigt seine beweismäßig günstigere Stellung im Sinne des § 30 Ziffer 1 KO. - Dem gegenüber erscheint die Argumentation des BGH, die die Vormerkung als kongruente Deckung mit dem Hinweis auf ihren Charakter als eine "Vorstufe des zu verwirklichenden Rechts", als ein bloßes "minus" (statt - wie sonst bei Sicherungen - eines "aliud"), bezeichnet, als begriffsjuristisch.

---

29) Beispiele bei Baur, aaO (N.23).
30) BGHZ 33,389,392.
31) Vgl. BGH MDR 63,241.
32) BGHZ 34,254.
33) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 48 N.14; gegen Westermann, Sachenrecht, § 84 II 2 a.E.

Als Ergebnis dieser Überlegungen zu § 30 KO läßt sich feststellen: Die Qualifizierung der im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erlangten Sicherungen (sei es des Zwangspfandes, sei es der "freiwilligen" Sicherheitsleistung zur Abwendung der Pfändung) als inkongruente Deckung im Sinne des § 30 Ziffer 2 KO hat keinen eigenständigen Aussagewert in Bezug auf die Frage der materiell-rechtlichen Qualifizierung dieser Sicherung im Rahmen der materiellen Rechtsbeziehung. Die These, daß der Schuldner bei einer vertragsinadäquaten Gefährdung der Erfüllung dem Gläubiger (mindestens) in dem Maß zur Sicherstellung verpflichtet ist, als dieser unter entsprechenden Voraussetzungen von der Rechtsordnung (im Prozeßrecht) die Mittel zu ihrer Realisierung zur Verfügung hat, wird nicht dadurch berührt, daß man dieser Sicherung im Hinblick auf den Zweck von Konkurs und Konkursanfechtung den Bestand versagt, und zwar auch unter erleichterten Bedingungen gegenüber den Fällen des § 30 Ziffer 1. Auch die sog. kongruente Deckung ist ja anfechtbar. Es geht nur um den Beweis der Bösgläubigkeit. Und insoweit sind, wie ausgeführt, in der Tat gewisse Differenzierungen sachgerecht. Der vom BGH (34) herausgestellte Gedanke, die von der Leistung als ein "aliud" abweichende Sicherung sei deshalb der Anfechtung ausgesetzt, weil sie dem Gläubiger eine Vorzugsstellung im Konkurs verschaffe, die ihm auf Grund seines Leistungsanspruchs nicht zustehe, kann die Differenzierung offenbar nicht sachbezogen erklären, da - wie gesagt - auch kongruente Sicherungen anfechtbar sind, und auch sie gegenüber dem Leistungsanspruch (den sie sichern sollen) ein "aliud" darstellen. Die verschiedene Beweislastverteilung in § 30 Ziffer 1 und Ziffer 2 KO kann ihren Grund nur in einer vom Gesetzgeber unterschiedlich gesehenen "Wahrscheinlichkeit" der Kenntnis von der Krise haben. Je nachdem ist der Gläubiger in einer günstigeren oder schlechteren Position, wenn er noch eine Sicherung erlangt. "Beanspruchen" könnte er sie - materiell gesehen - auf jeden Fall. Es geht nur darum, eine größtmögliche Gleichrangigkeit der Gläubiger im Konkurs herzustellen.

---

34) AaO (N.32), S.259.

6. Kapitel: Die präventive Sanktion (B) - Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht.

I. Die Maßnahmen der einstweiligen Verfügung und die Rechtsfolgen des materiellen Rechts.

1. Die Vorstellungen und Äußerungen in der Literatur über das Verhältnis der im Verfügungsverfahren anzuordnenden Maßnahmen zum materiellen Recht sind zwiespältig: Einerseits wird betont, daß sich der Inhalt dieser Verfügungen nicht als eine Rechtsfolge des materiellen Rechts ergäbe (1), das Rechtsschutzziel sei nicht, wie beim Erkenntnisverfahren, eine sich aus dem materiellen Recht ergebende Rechtsfolge, sondern eine sich aus dem Prozeßrecht ergebende Maßnahme (2). Aus dem materiellen Recht ergebe sich kein Anspruch des Gläubigers auf Sicherung durch Verpfändung eines Vermögensgegenstandes oder Unterwerfung unter ein Veräußerungsverbot (ein solches könne materiell schon gar nicht vereinbart werden, § 137 BGB) noch gar auf Verhaftung des Schuldners (3) usf. All dies könne der Gläubiger nicht durch ein inhaltsgleiches Urteil im ordentlichen Erkenntnisverfahren erwirken (4). Insgesamt gehe es im Verfügungsverfahren daher nicht um die Durchsetzung entsprechender materieller Rechte des Gläubigers, sondern um eine eigenständige, vom materiellen Recht unabhängige Form des prozessualen Güter- und Rechtsschutzes (5).

Auf der anderen Seite wird die Beziehung der Maßnahmen zum materiellen Recht in positiver und negativer Hinsicht herausgestellt: Die vom Gericht zu treffende Anordnung müsse sich "in den Grenzen des zu sichernden Anspruchs" halten(6), die Verfügung

---

1) Z.B. Baur, Studien, S.19,25,27.
2) Baur, aaO, S.47.
3) Jauernig, ZZP 79 (1966), S.321,326: Der Gläubiger habe keinen Anspruch, den Schuldner hinter Schloß und Riegel zu bringen.
4) Zeuner, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, Festschrift für Dölle (1963) I, S.295,304; Jauernig, aaO; Baur, aaO, S.22, läßt die Frage offen, ob die Maßnahme im ordentlichen Prozeß angeordnet werden könnte.
5) Insbes. Siber, Rechtszwang, S.80 ff.,113; weiter z.B. Stein-Jonas-Pohle, Vorb.II u. III vor § 916; vgl. Zeuner, aaO, S.302 m.Nachw. (insbes. zum außervertraglichen Bereich).
6) Baumbach-Lauterbach, § 938 Bem.1C; Stein-Jonas-Pohle, § 938 I 3; ähnlich auch Zeuner, aaO; vgl. auch schon Materialien (5. Kap. N.14), § 762 E, S.457 (=478): Maßnahmen bis an die äußerste Grenze der Zwangsvollstreckung.

dürfe dem Antragsteller nichts verschaffen, was er nicht durch Urteil in der Hauptsache erhalten könne, unzulässig seien daher Maßregeln, auf die der Gläubiger nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis auch bei siegreicher Durchführung der Hauptsache kein Recht hätte (7).

Daraus wird beispielsweise gefolgert, daß eine einstweilige Verfügung gegen einen Arbeitnehmer auf Unterlassung anderweitiger Tätigkeit unzulässig sei, "weil auch eine entsprechende Klage nicht gestattet sei" (8).

Umgekehrt wird neuerdings wiederholt die Verbindung der Verfügungsanordnung zu den "unselbständigen Nebenpflichten" des Schuldners herausgestellt.

Wenn den Verkäufer die allgemeine Pflicht treffe, alles zu unterlassen, was den Übereignungsanspruch gefährden könne, insbesondere also die Pflicht, nicht an einen Dritten zu übereignen, so werde durch ein qua einstweiliger Verfügung angeordnetes relatives Verfügungsverbot die Erfüllung dieser materiellrechtlichen Pflicht erzwungen (9). Oder allgemeiner: Da die Erfüllung jener unselbständigen Nebenpflichten ihrer Natur und Funktion nach dazu diene, die Verwirklichung des Hauptanspruchs zu sichern, könnten sie mit Hilfe der einstweiligen Verfügung, die gerade diesen Sicherungszweck verfolge, durchgesetzt werden (10). In diesem Zusammenhang wird dann gelegentlich geradezu von einer "unvollendeten Befriedigung des Rechts" und von "punktueller Rechtsverwirklichung" des Gläubigers gesprochen (11).

Die Argumentation zu den "unselbständigen Nebenpflichten" bleibt aber recht widersprüchlich: Es kann nicht einerseits gesagt werden, es werde z.B. mit einem Veräußerungsverbot die unselbständige, an sich nicht einklagbare Nebenpflicht des Veräußerers, den Übereignungsanspruch nicht zu gefährden, zu Recht durchgesetzt, während andererseits ein entsprechendes Verbot an den Arbeitnehmer, nicht vertragsbrüchig bei einem Dritten zu arbeiten (oder z.B. einen - rechtswidrigen - Streik vorzubereiten (12)),

---

7) Jauernig, aaO, S.326; Stein-Jonas-Pohle, aaO.
8) Vgl. Baur, BB 64,607 m.Nachw.
9) Baur, Studien, S.49 f.
10) Jauernig, aaO, S.328; Baur, Studien, S.51; Bruns, Zwangsvollvollstreckungsrecht, § 46 II 1b; vgl. auch Stein-Jonas-Pohle, Vorb. I 2 vor § 916: Bei Arrest und einstweiliger Verfügung werden jene Maßregeln, "die sonst nur der Vorbereitung der Befriedigung des Gläubigers dienen, zu seiner Sicherung selbständig vollzogen".
11) Baur, Studien, S.26,50; dagegen Jauernig, aaO, S.326.
12) Vgl. Neumann-Duesberg, BB 64,361; Baur, BB 64,607,613.

mit der Begründung abgelehnt wird, diese Nebenpflicht sei unklagbar und daher auch nicht durch einstweilige Verfügung durchzusetzen. Auch die im letzten Fall gegebene Begründung, der Gläubiger habe kein selbständiges Interesse daran, daß der Arbeitnehmer nicht arbeite (13) (seine Arbeitskraft brachliegen lasse), und die Vertragserfüllung könne als solche dadurch ohnehin nicht erzwungen werden, ist nicht stichhaltig (14). In gleicher Weise kann bei einem Veräußerungsverbot gesagt werden, daß der Gläubiger am Unterbleiben anderweitiger Übereignung als solchem kein Interesse hat und daß auch sein Übereignungsanspruch, selbst nach Erlaß des Veräußerungsverbots, vom Schuldner noch vereitelt werden kann, indem dieser z.B. die Sache zerstört oder an einen Gutgläubigen absetzt.

2. Wie erklärt sich der Widerspruch, daß die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes einmal als Durchsetzung jener - ihrerseits zur Sicherung des Hauptanspruchs dienenden - unselbständigen Nebenpflichten betrachtet werden, andererseits aber festgestellt wird, diese Maßnahmen bestünden ohne Beziehung zum materiellen Recht, sie realisierten keine sich aus dem materiellen Recht ergebenden Rechtsfolgen? - Der Grund liegt offenbar darin, daß zwei Ebenen nicht genügend auseinandergehalten werden:

Einmal der sozusagen "erkennende Teil" der Verfügung, in welchem die Gefahr für die Rechtsverwirklichung festgestellt und die Notwendigkeit einer Gegenmaßnahme konstatiert wird, also die grundsätzliche "Befugnis" des Gläubigers zu einem präventiven Zwangseingriff.

Hinzu kommt die Ermessensentschließung des Richters, in der er (im Rahmen des Antrags und des generell Zulässigen) unter möglichen Gegenmaßnahmen die zweckmäßig erscheinende Einzelmaßnahme auswählt und anordnet. Hiermit wird gleichsam der erste Schritt in die Vollstreckung des Erkenntnisses getan: Es wird bereits konkret verfügt, wie das Sicherungsinteresse des Gläubigers durchgesetzt werden soll: durch Wegnahme (Sequestration), strafbewehrtes Gebot oder Verbot, direkt "gestaltender" Ausspruch des Gerichts wie

---

13) Wenzel, JZ 62,590 m.Nachw.
14) Die Argumentation aus § 888 II ZPO bleibt hier außer Betracht.

Erwerbs- oder Verfügungsverbot, Ausschluß von der Geschäftsführung usw.

Diese "Zweitaktigkeit" wird auch beim Arrest deutlich: Die Anordnung des Arrestes bringt erst die generelle Unterwerfung des Schuldnervermögens unter den Zwangszugriff und dokumentiert damit Gefahr und Sicherungsbedürfnis für den Anspruch. Die Vollziehung schafft dann das Pfandrecht oder gar den Zugriff auf die persönliche Freiheit des Schuldners.

Daß die Vollstreckungsmaßnahme als solche nicht derart dem materiellen Recht "entspricht", daß der Schuldner zu einer freiwilligen Vornahme solcher Akte verpflichtet sei, ist selbstverständlich: Jede Zwangsvollstreckung bringt insofern eine Deformation und einschneidende Strukturveränderung des materiellen Rechtsverhältnisses, als sie den Vertragszweck des Gläubigers in Formen und mit Mitteln realisiert, die der Schuldner nur hinzunehmen hat, die aber in der Form nicht von ihm erwartet wurden. Wird eine Verpflichtung zu einer vertretbaren Handlung nach § 887 ZPO durchgesetzt, so erbringt nunmehr der Schuldner nicht mehr, wie erwartet, eine Individualleistung, sondern hat das Handeln eines Dritten an seiner Statt zu dulden und die entstandenen Kosten zu zahlen bzw. vorzuschießen (15). - Dasselbe gilt im Prinzip auch bei der Vollziehung der einstweiligen Verfügung: Das Gläubigerinteresse, dem der Schuldner an sich freiwillig zu genügen hätte, geht auf Beseitigung der Gefährdung der Rechtsverwirklichung. Dieser Zweck wird durch vollstreckbare Mittel erzwungen, die in ihren konkreten Formen nicht dem entsprechen, was der Schuldner hätte tun können oder sollen, um den Gefährdungstatbestand zu beseitigen, d.h. in den Rahmen seiner Pflichtbindung zurückzukehren. Indem das Gericht bestimmte, zweckdienliche Maßnahmen festlegt, wird auch insofern das Schuldverhältnis während des Erfüllungszeitraums strukturverändert, als der Gestaltungsbereich des Schuldners zwangsweise eingeschränkt wird. Es ist also richtig, daß der Schuldner "an sich" nicht die vom Gericht verfügte Maßnahme "schuldet"; er wäre also nicht gehalten, etwa die verkaufte Sache einem Sequester zu übergeben oder eine Vormerkung zu bewilligen usf. Er schuldet gleichsam nur die Beseitigung der Gefährdung. Demnach kann er in der Regel auch -

---

15) S. dazu Erman, JZ 60,297,301.

wie sonst bei der Zwangsvollstreckung - durch eine entsprechende freiwillige "Leistung" den Zwangsvollzug hindern. Diese Leistung braucht nicht der verfügten Maßnahme zu entsprechen; es geht nur darum, daß "der Arrestgrund erledigt ist" (§ 927 ZPO). Der Geldschuldner kann also etwa anderweitig Sicherheit leisten, § 927 (16), der Schuldner der künftigen Individualleistung kann dartun, daß er anderweitige Vorkehrungen getroffen hat, um die Gefahr für die Erfüllung auszuräumen (17).

Sollte der Schuldner einer unvertretbaren Leistung zur rechtzeitigen Aufnahme der Arbeiten angehalten werden, so kann er dartun, daß er durch Ausweitung seiner Kapazität oder Stornierung anderweitiger Aufträge nunmehr in kürzerer Zeit bis zum Fälligkeitstermin die Leistung werde erbringen können, eine vertragsinadäquate Gefahr für die Erfüllung also nicht mehr bestehe.

Es zeigt sich, daß das "Rechtsschutzziel" nicht eine sich aus dem Prozeßrecht ergebende Maßnahme ist, sondern die im materiellen Recht angelegte Sicherung des Vertragsinteresses, die der Schuldner zu erbringen hat oder die ihm durch Vollstreckungsmaßnahmen abgenötigt wird, - ebensowenig wie im Hauptprozeß davon zu reden ist, das Rechtsschutzziel seien die im Rahmen der Zwangsvollstreckung möglichen Maßnahmen, z.B. die Pfändung oder der Strafausspruch.

(a) Dieses Verhältnis der angeordneten Maßnahme (als einer Vollstreckungsmaßnahme) zum Inhalt des materiellen Rechts wird in einer Entscheidung des OLG Köln (18) (am Beispiel einer einstweiligen Verfügung im Rahmen des § 1004 BGB) deutlich gesehen und angesprochen: Ziele der Hauptanspruch (und ein entsprechendes Urteil) nur generell auf Beseitigung der Störung, wobei dem Schuldner offenbleiben müsse, wie er dies bewerkstelligen wolle, so könne im Verfügungsverfahren sachnotwendig die Sicherung nicht in derselben Weise allgemein verfügt werden (d.h. die Festsetzung der Einzelmaßnahme einer weiteren Entscheidung im u.U. langwierigen Vollziehungsverfahren, z.B. nach §§ 887, 888 ZPO überlassen werden); vielmehr richte sich die Anordnung selbst bereits auf unmittelbare Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Die Vollstreckung ist also gleichsam in das Erkenntnis über die "Sicherungsschuld" des Schuldners miteinbezogen.

---

16) Oder nachweisen, daß eine Verbesserung seiner Vermögenslage eingetreten ist; vgl. entsprechend zu § 321 BGB: Soergel-Siebert-Schmidt, § 321 RN 3.

17) Wie die Parteien bei einem entsprechenden "Gegenangebot" des Schuldners auch durch Vergleich oder Erledigungserklärung die Anordnung beseitigen können, vgl. dazu Zöller-Scherübel, § 927 ZPO Anm.1.

18) NJW 53,1592.

(b) Im übrigen kann nicht übersehen werden, daß bei vielen Gefährdungen des Leistungsinteresses aus der Sphäre des Schuldners praktisch keine Auswahl verschiedener Möglichkeiten der Beseitigung der Gefährdung besteht: Hier deckt sich dann notwendig die qua Verfügung erzwungene Maßnahme (Handlung oder Unterlassung) mit dem, was der Schuldner in dieser Situation notwendigerweise ohnehin hätte an den Tag legen sollen, um im Rahmen seiner Pflichtbindung zu bleiben. Diese Identität der Zwangsmaßnahme (insbesondere Handlungs- oder Unterlassungsgebot) mit dem "an sich" erwarteten Leistungsverhalten des Schuldners ist aber nur sozusagen zufällig, weil der Zweck, auf den es ankommt, nämlich die Sicherung des Erfüllungsinteresses, nur auf diesem Wege erreicht werden kann. - Das Ziel des Rechtszwangs ist die Sicherung als solche; insofern realisiert jede einstweilige Verfügung die generelle "Pflicht, alles zu unterlassen, was den Leistungserfolg gefährden könnte", gleichgültig, ob dem Schuldner z.B. ein konkretes Verhalten geboten oder verboten wird oder ihm rechtlich (Vormerkung) oder tatsächlich (z.B. Sequestration) ein gefährdendes Verhalten unmöglich gemacht wird.

(c) Im übrigen zeigt der mit der vorläufigen Zwangsmaßnahme erzielte Sicherungseffekt seine Beziehung zum eigentlichen Leistungsziel des materiellen Anspruchs dadurch, daß er vielfach die Verwirklichung des Gläubigerinteresses unmittelbar vorbereitet: Das Arrestpfandrecht setzt sich im Pfändungspfandrecht fort und führt somit auf direktem Wege zur Realisierung und Befriedigung des Gläubigerinteresses; dasselbe gilt für die "einstweilen" erwirkte Vormerkung, die später direkt in das Vollrecht umgeschrieben wird; die sequestrierte Sache ist letztlich direkt an den Gläubiger herauszugeben usf. Insofern wird tatsächlich die endgültige Befriedigung des Gläubigers angebahnt; er wird jedoch nicht bereits "punktuell befriedigt", da sein Leistungsinteresse auch nicht teilweise realisiert wird.

3. Fragt man vor diesem Hintergrund danach, welche Maßnahmen durch einstweilige Verfügungen zulässig seien, so kann man einerseits feststellen, daß sie nicht derart im materiellen Recht als Rechtsfolge vorgezeichnet sind, als es sich durchgängig um bestimmte (wenn auch unselbständige) Nebenpflichten und ihre direkte Durchsetzung handeln kann, wie auch umgekehrt die Feststellung, ein bestimmtes Verhalten könne "als unselbständige Nebenpflicht" nicht erzwungen werden, kein Argument gegen eine Anordnung durch einstweilige Verfügung bildet.

(a) Als Kriterium für die Bestimmung der zulässigen Maßnahmen wird regelmäßig der "Sicherungszweck" genannt, dem sie genügen müsse, und zwar in dem Sinne, daß die Maßnahme im Vergleich zum Ziel des Hauptanspruchs "zugleich ein minus und ein aliud" sein

müsse (19), insbesondere nicht zu einer Befriedigung des Gläubigers führen dürfe. Daß diese Maxime nicht voll durchgehalten werden kann, wurde schon öfter bemerkt. "Es sind Fälle denkbar, in denen ein Gläubigerinteresse nur durch Befriedigung gesichert werden kann, sofern man unter 'Sicherung eines Rechts' ganz allgemein den Schutz gegen Rechtsverlust und Vereitelung des Gläubigerinteresses versteht" (20). Es ist dabei nicht nur an die Fälle der einstweiligen Verfügungen auf Geldzahlung in Notfällen gedacht (§ 1716 BGB usf.), sondern etwa auch an die (notwendig) zeitweilige Verwirklichung einer Duldungs- oder Unterlassungspflicht (auch Wettbewerbsverbote) durch ein entsprechendes Gebot oder Verbot im Wege einstweiliger Verfügung (nach § 940 ZPO) (21).

Aber selbst im Bereich der hier in erster Linie interessierenden betagten Ansprüche, bei denen eine Befriedigung des Gläubigers vor Fälligkeit ohnehin nicht zur Diskussion steht, birgt die Rede vom Sicherungszweck, der die Maßnahme als ein "aliud" gegenüber dem materiellen Recht kennzeichnen müsse, die Gefahr von Fehlschlüssen:

So wird vielfach betont, daß durch einstweilige Verfügung nicht zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt werden könne, da dies keine "sichernde" Maßnahme sei, sondern der entgegenstehende Wille des Schuldners endgültig gebrochen werde (22); oder daß etwa der Schuldner nicht zur Auskunft oder Rechnungslegung genötigt werden könne, weil auch dies die endgültige Befriedigung eines Auskunftanspruchs sei (23).

Aber es gibt keine "an sich", abstrakt sichernde Maßnahme, die gegebenenfalls ganz folgenlos wieder aus der Welt geschafft werden könnte. Jede vollzogene Maßnahme schafft in gewisser Hinsicht vollendete Tatsachen, die den Schuldner belasten und den Gläubiger, direkt oder indirekt, begünstigen. (Der Ausgleich ist immer über § 945 ZPO herzustellen.) Aus diesem Grunde geht es nicht an, einzelne Maßnahmen als per se unzulässig zu kennzeichnen.

---

19) Baur, Studien, S.49; sowie die Nachweise bei Jauernig, aaO, S.323 N.5.
20) Jauernig, aaO, S.323.
21) Vgl. Baur, aaO, S.57 f.
22) Baumbach-Lauterbach, § 938 ZPO, Anm.1G; Wieczorek, § 938 ZPO, Anm. B II b1.
23) Nachweis des Streitstandes bei Baur, aaO, S.59 N.42.

Entscheidend ist der Endzweck, der erreicht werden soll: die Sicherung des - künftig zu realisierenden - Leistungsinteresses des Gläubigers. Hierzu muß die Maßnahme in einem funktionalen Verhältnis der Erforderlichkeit stehen (vgl. § 938 ZPO). Erweist es sich, daß die wirkliche Sicherung des gläubigerischen Erfüllungsinteresses nur durch eine bestimmte Maßnahme erzielt werden kann, so ist diese auch grundsätzlich zu verfügen. Das Gesetz hat durch die Bereitstellung des Instituts der einstweiligen Verfügung (und des Arrestes) bekundet, daß dem Gläubiger grundsätzlich der Anspruch auf die "specific performance" zusteht und dies auch durch prozessuale Zwangsmittel gewährleistet werden soll. Nicht der Gläubiger soll auf den Schadensersatzanspruch verwiesen werden, sondern der Schuldner unterliegt angesichts einer glaubhaften Gefährdung dem Zwangszugriff und muß sich ggf. im Wege des Schadensersatzes bei ungerechtfertigtem Eingriff schadlos halten (§ 945 ZPO) (24).

Aus diesem Grunde kann also, wenn nötig, auch eine Auskunftserteilung des Schuldners erzwungen werden (25), ebenso die Abgabe einer Willenserklärung (26) und überhaupt die Vornahme unvertretbarer Handlungen (27), sofern eine Sicherung auf andere Weise nicht gewährleistet werden kann.

Das Kriterium der "Vorläufigkeit" kann jedenfalls nicht in dem Sinn, den ihm J a u e r n i g (28) gegeben hat, die Maßnahme determinieren: Allerdings erzwingt die summarische Prüfung - wegen ihrer immanenten Unsicherheitsrisiken -, daß der Eingriff und Zwang so gering wie möglich gehalten wird, um den Nachteil, den der Schuldner durch eine u.U. "ungerechtfertigte" Maßnahme erleidet, möglichst in Grenzen zu halten. Eine prinzipielle Unzulässigkeit von einzelnen - für die Sicherung notwendigen - Maßnahmen kann daraus nicht folgen. Erscheint der Nachteil (und das Risiko) für den Schuldner besonders hoch, so mag das Gericht den Eingriff von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig machen (§ 921 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

---

24) Vgl. hierzu ergänzend (aus materiellrechtlicher Sicht) die Ausführungen von Himmelschein, AcP 135 (1932), S.253 ff.
25) Baur, aaO, S.59; Rosenberg, ZPO, § 214 I 2; OLG Stuttgart NJW 62,2066; a.A. Jauernig, aaO, S.344; Baumbach-Lauterbach, § 940, Anm.30.
26) Baur, aaO, S.56; Nachw. bei Jauernig, aaO, S.341.
27) Dazu Jauernig, aaO, S.339.
28) AaO, S.329 ff.

Die Anordnung kann sonach auch Ge- und Verbote betreffen, denen der Schuldner gegen seinen Willen nachkommen muß (unvertretbare Handlungen, Unterlassungen). Die Einschränkungen, die z.B. für die Frage der Verurteilung zu einem Widerruf gelten (29), folgen nicht aus einer notwendigen "Vorläufigkeit", sondern daraus, daß es sich hier um Wissens- bzw. Wertungserklärungen handelt, die sachnotwendig erst nach voller materieller Prüfung erzwungen werden können.

II. Die prozessualen Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Verhältnis zum materiellen Recht.

1. Im vorigen Abschnitt wurde erörtert, ob und wie weit der Inhalt der einstweiligen Anordnungen durch das materielle Recht bestimmt oder begrenzt wird, und festgestellt, daß eine solche unmittelbare Determination nicht besteht. Der Schuldner "schuldet" nicht die konkret verfügte Maßnahme - noch kann umgekehrt die Zulässigkeit einer vom Gericht ausgewählten Maßnahme damit in Frage gestellt werden, daß eine entsprechende Verpflichtung des Schuldners nicht bestehe oder gar nicht bestehen könne. Wohl aber "schuldet" der Schuldner angesichts einer objektiven Gefährdung des Leistungsinteresses generell die "Sicherung" als solche; er hat daher den Zwangseingriff zu dulden und hinzunehmen - wenn dessen sachliche Voraussetzungen gegeben sind.

Erweist sich bei der materiellen Nachprüfung (im Hauptprozeß bzw. im Schadensersatz-Prozeß nach § 945 ZPO) die Anordnung als "gerechtfertigt", so steht jedenfalls fest, daß der Antragsgegner (Schuldner des Individualanspruchs) nicht nur vorübergehend einem staatlichen Eingriff unterworfen war, dem er sich zunächst nicht entziehen konnte, sondern auch, daß er die Vollzugsmaßnahmen und die damit verfolgten Zwecke sowie deren nachteilige Wirkungen in seinem Bereich (Vermögen) endgültig hinzunehmen, zu dulden hat (30). Er könnte also - weder im anhängigen noch in einem weiteren Prozeß - nicht mit der Einlassung gehört werden, daß er zu diesen Aufwendungen oder Handlungen, zu denen er durch die einstweilige Verfügung zu Recht gezwungen wurde (31), nach dem materiellen Recht nicht verpflichtet gewesen sei: Lagen die Voraussetzungen für Anordnung und Vollzug vor, so bleiben die Folgen und Konsequenzen auf alle Fälle an ihm hängen (§ 945 ZPO).

Im Schadensersatzprozeß erfolgt demnach nur eine volle Nachprüfung

---

29) Vgl. dazu Baur, BB 64,607,609 f. m.Nachw.
30) Vgl. in diesem Sinne Baur, Studien, S.110.
31) Einschließlich Prozeßkosten des Verfügungsverfahrens; Zwischenzinsen für aufgenommenes Geld (zum Zweck einer Sicherheitsleistung) usw.

dahingehend, ob die Voraussetzungen für den Erlaß der einstweiligen Verfügung (d.h. Anspruch und Verfügungsgrund) gegeben waren, nicht aber, ob die vom Gericht qua zweckgerichteten Ermessens ausgewählte Maßnahme anhand des materiellen Rechts "gerechtfertigt" war. Insofern tritt an die Stelle des Dispositionsrechts des Schuldners in Bezug auf die Herstellung und Sicherung des Leistungserfolges endgültig die Ermessensentscheidung des Richters, die das Schuldverhältnis insofern umstrukturiert.

Im Folgenden geht es um die Frage, wieweit die vom Prozeßrecht normierten Voraussetzungen für den vorbeugenden Zwangseingriff eine Korrespondenz zum materiellen Recht aufweisen. Dabei interessiert vor allem das Moment des sog. Verfügungs-(Arrest)grundes, d.h. die Besorgnis, daß - ohne die vorbeugende Zwangsmaßnahme - die "Vollstreckung" (bei Geldforderungen § 917 ZPO) bzw. "Verwirklichung des Rechts" (bei sog. Individualansprüchen § 935 ZPO) vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Wie weit entspricht dem, was das Prozeßrecht als "Arrest- bzw. Verfügungsgrund" im Auge hat, die im materiellen Recht bedeutsame "Gefährdung des Leistungsinteresses"? Die Untersuchung kann in zwei Richtungen geführt werden:

Einmal in der direkten Gegenüberstellung dessen, was im Rahmen des Verfügungsverfahrens unter "Gefahr" verstanden und für den Zwangseingriff gefordert wird, mit dem, was oben als "Interessengefährdung" im Rahmen des materiellen Rechts als Voraussetzung gewisser repressiver Sanktionen angesprochen wurde (unten 2.).

Zum andern kann gefragt werden, welche Behandlung die "Verfügungsgefahr" im Rahmen der nachträglichen "Bewährung" der Anordnung im ordentlichen Prozeß, d.h. des Schadensersatzprozesses gemäß § 945 ZPO erfährt: Kann der Schuldner auch dann Schadensersatz verlangen, wenn sich - bei voller Nachprüfung - nachträglich die Gefahr als nicht existent erweist? Welche Anforderungen sind demnach einerseits an die Glaubhaftmachung, andererseits an die nachträgliche Überprüfung des Verfügungsgrundes zu stellen? (unten 3.).

Es kann gezeigt werden, daß nur vor dem Hintergrund eines vom

materiellen Recht her verstandenen Kriteriums der "Gefährdung des Leistungsinteresses" eine sachgerechte Handhabung des § 945 ZPO als eines nachträglichen Korrektivs vorbeugender Zwangsmaßnahmen zu erzielen und zu begründen ist.

2. Der Verfügungsgrund im Verhältnis zum Tatbestand der Interessengefährdung im materiellen Recht.

Als Verfügungsgrund erscheint beim einstweiligen Rechtsschutz von Ansprüchen (Geld- oder Individualansprüche) die Besorgnis der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der späteren Rechtsverwirklichung (bzw. Zwangsvollstreckung), d.h.: bei Geldansprüchen ist dabei hauptsächlich an die Verwirklichung durch spätere Zwangsvollstreckung in das gesamte verwertbare Vermögen gedacht (weswegen die Umstände, die den Arrestgrund konstituieren, sich auf den momentanen und sich entwickelnden Bestand des gesamten Vermögens beziehen können), bei Individualansprüchen erscheint (wie auch die Fassung des § 935 ZPO zeigt) nicht so sehr die künftige Zwangsvollstreckung eines entsprechenden Leistungsurteils (32), als in erster Linie die Erhaltung der Möglichkeit einer - freiwilligen - Erfüllung des Anspruchs gefährdet.

Hinsichtlich der Umstände, die die Gefährdung konstituieren, muß - was allgemein zu wenig geschieht und daher zu Mißverständnissen führt - unterschieden werden zwischen den "gegebenen Tatsachen" (die glaubhaft vorgetragen werden müssen) und deren Beurteilung und Bewertung in dem Sinne, daß sich aus ihnen der Schluß (= Besorgnis) ziehen läßt, die Verwirklichung des Rechts werde vereitelt oder wesentlich erschwert werden. Es geht also immer darum, einer erwarteten, bevorstehenden ungünstigen Entwicklung in die Arme zu fallen; ist die Vereitelung oder Erschwerung bereits manifest und eine zusätzliche Verschlechterung der Lage nicht zu erwarten, so sind Arrest und einstweilige Verfügung nicht zulässig (33). Die hier interessierende Frage läßt sich sonach dahin präzisieren: Müssen die gegebenen Umstände, auf die sich das Urteil der Besorgnis stützen soll, sich als rechtswidrige

---

32) Und keinesfalls die einer evtl. Schadensersatzhaftung (bei Nichterfüllung), vgl. z.B. RGZ 29,352.

33) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 119 I 2b, S.657 m.Nachw.

(pflicht- oder vertragswidrige) Handlungen darstellen, oder muß (nur) die erwartete Vereitelung in diesem Sinne als (schuldhafte) Vertragsverletzungshandlung des Schuldners erscheinen?

Die h.M. verneint beides: Es wird meist gelehrt (34) und entschieden (35), die Gefährdung könne sich aus dem Verhalten des Schuldners, aber auch aus Handlungen Dritter oder aus zufällig eintretenden Umständen ergeben, - wobei allerdings nicht immer deutlich wird, ob damit die bereits vorliegenden oder die erwarteten Umstände angesprochen sind. Insbesondere wird betont, daß ein rechtswidriges (vertragswidriges) und schuldhaftes Verhalten des Schuldners nicht erforderlich sei (36), wie auch umgekehrt ein vertragswidriges Verhalten allein nicht ausreiche, eine Gefährdung im Sinne des Arrestgrundes zu begründen (37). - Hier muß in verschiedener Hinsicht differenziert werden:

(a) Was die "zufällig eintretenden Ereignisse" bzw. die "Handlungen unbeteiligter Dritter" betrifft, so können sie - bei näherem Zusehen - als solche keinen Verfügungsgrund für Maßnahmen gegen den Schuldner bilden: Liegen diese Ereignisse in der Vergangenheit (38) und ist dadurch das Vermögen des Schuldners (bzw. seine Leistungsfähigkeit) bereits vermindert, so kann dem durch eine "vorbeugende" Maßnahme im Eilverfahren nicht mehr entgegengetreten werden; in dieser Lage soll die Position des Gläubigers nicht z.B. durch ein Arrestpfand verbessert werden (39) (sofern keine weitere Gefährdung der Interessen zu befürchten ist). - Künftig eintretende "zufällige" Ereignisse sind aber nicht denkbar; sind solche Einwirkungen von außen (auch seitens Dritter) vorhersehbar, dann richtet sich der "Vorwurf" in Wahrheit gegen den Schuldner, daß er keine abwehrenden Vorkehrungen trifft (40). In diesem seinem Verhalten (d.h. Unterlassen) liegt dann die Gefährdung.

---

34) Stein-Jonas-Pohle, § 917 Anm.I 1; Wieczorek, § 917 Anm.B II b3; Baur, Vollstreckungsrecht, § 44 II 2.
35) RG JW 90,113; JW 04,557; RGZ 59,355 (allerdings jeweils obiter).
36) Blomeyer, ZPR, § 119 I, S.657; sowie die in N.34 Genannten.
37) KG JW 22,1399 und ihm folgend die ganze Lit.
38) Z.B.: Brandunglück des Schuldners, RG JW 90,113 (obiter).
39) Allg. Meinung, z.B. Blomeyer, ZPR, § 119 I, S.657.
40) Z.B.: Keine Verhinderung der Einziehung einer Forderung durch einen Dritten, RGZ 59,355.

Gegen Dritte oder gar zufällige Ereignisse als solche könnte eine vorbeugende Maßnahme ohnehin nicht gerichtet werden (41).

Im materiellen Recht werden allerdings an die eingetretene Verschlechterung der Vermögensverhältnisse und die dadurch bedingte Gefährdung des (Geld-)anspruchs Sanktionen (Rücktritt, Sicherheitsleistung, Zurückbehaltungsrecht; §§ 321, 775, 2128 BGB usf.) direkt geknüpft, ohne Rücksicht darauf, auf welchen Umständen diese Verschlechterung beruht.

Die hier vorliegende Diskrepanz zwischen den Reaktionen des materiellen und des Prozeßrechts ist aber nur eine scheinbare: Ist die Vermögensverschlechterung bereits manifest (einmaliger Verlust, Unglück usf.), dann mag der Gläubiger zwar Anlaß haben, schon vor Fälligkeit den Schuldner zu einer Sicherstellung aufzufordern und ggf. sich vom Vertrag zu lösen; sich im Eilverfahren aber noch vor ev. anderen Gläubigern einen Vorzug zu verschaffen, widerspricht dem Prinzip einer möglichst gleichmäßigen Behandlung der Gläubiger (42). Will der Gläubiger auf einer Sicherung bestehen, so kann er dies, wie andere, im normalen Erkenntnisverfahren erwirken; für das summarische Verfahren fehlt das spezifische Rechtsschutzbedürfnis. Besteht dagegen nach der eingetretenen Vermögensverschlechterung gar nicht die Gefahr eines Zugriffs anderer Gläubiger, wohl aber die Befürchtung, daß der Schuldner selbst die verbliebenen Vermögenswerte entzieht, so ist dies selbstverständlich auch ein Arrestgrund und berechtigt zur Eilmaßnahme.

(b) Es bleibt die Frage, ob dann, wenn sich die Feststellung einer "Gefahr für die Rechtsverwirklichung" auf ein vom Schuldner gezeigtes Verhalten stützt, dieses das Verdikt der Rechtswidrigkeit (bzw. des Verschuldens) verdient oder erfordert. Die h.M., die dies verneint (43), erläutert dies vor allem an Beispielen

---

41) H.M.; Baumbach-Lauterbach, § 938 Anm.1C.
42) Vgl. schon oben 5. Kap. bei N.27; nach h.M. bildet die Konkurrenz anderer Gläubiger keinen Arrestgrund, vgl. z.B. Baur, Vollstreckungsrecht, § 48 II 2a.
43) Vgl. oben N.34; Blomeyer, ZPR, § 119 I, S.657.

der Arrestgefahr:

Leichtfertige Verwendung von Geschäftsmitteln zu Privatausgaben, Verschleudern und Belasten erheblicher Vermögenswerte, beabsichtigte weitere Veräußerung oder Belastung, häufiger Aufenthaltswechsel oder geplante Flucht ins Ausland, Zession aller Außenstände und Besorgnis des Verbrauchs des Gegenwertes, erwartete Einziehung einer Forderung (die den wesentlichen Vermögenswert des Schuldners bildet) und erwarteter alsbaldiger Verbrauch (44).

Bei der "materiellrechtlichen" Beurteilung dieses Verhaltens sind verschiedene Aspekte auseinanderzuhalten:

(1) Einmal ist daran zu erinnern, daß bei Geldschulden (und ähnlich bei allen Garantieschulden), bei denen der Schuldner schlechthin den Erfolg praestiert, eine gegenständliche Begrenzung des Rahmens der Pflichtbindung des Schuldners nicht (weder ex ante noch ex post) möglich ist. Da jedes Verfehlen des Erfolges zu vertreten ist, erscheint jedes Verhalten des Schuldners, das ursächlich für diesen Mißerfolg wurde (bzw. werden wird) als vertragswidrig. Insofern ist auch die "an sich" neutrale Einziehung von Außenständen und deren Eigenverbrauch im Hinblick auf die dadurch vereitelte Befriedigung des Gläubigers mißbilligt (45).

(2) Im übrigen muß aber auch hier vor allem die schon betonte Differenzierung zwischen dem bisher gezeigten und dem erwarteten und befürchteten Verhalten des Schuldners beachtet werden. Daß das bisher tatsächlich zutage getretene Verhalten als solches noch nicht selbst die Leistung in Frage zu stellen braucht und daher allein noch keineswegs "vertragswidrig" erscheinen muß, ist klar.

Insofern ist also etwa in der bisherigen Veräußerung oder Belastung von Vermögenswerten oder in Vorbereitungsmaßnahmen zu einer Flucht ins Ausland oder noch deutlicher allein in dem Fälligwerden eines wesentlichen Außenstandes des Schuldners - jeweils isoliert gesehen - unter keinen Umständen eine Vertragswidrigkeit zu sehen. Dasselbe gilt bei Individualschulden, wenn z.B. der Schuldner, der eine Sache zurückzugeben hat, diese bisher (zulässigerweise) erheblich genutzt hat (46), oder wenn der Dienstleistungsverpflichtete sich nach einer (anstrengenden) Freizeitbeschäftigung umsieht (47). Der Schuldner könnte jeweils ohne weiteres sich wieder der Erfüllung zuwenden und diese auch bewerkstelligen.

---

44) Vgl. z.B. RGZ 67,365,367; RG JW 03,292; OLG Dresden OLGR 19, 158,159, sowie weitere Rspr.-Nachweise bei Blomeyer, aaO.
45) "Pflichtwidrig" allenfalls in einem weiteren Sinn; vgl. oben 3. Kap. II 3c (2).
46) Vgl. OLG Frankfurt NJW 60,827.
47) Vgl. Beispiel bei Baur, Studien, S.51.

Insofern stellt der Zwangseingriff gegen den Schuldner keine Sanktion gegen eine im bisherigen Verhalten als solchem liegende Vertragswidrigkeit dar (48) - wenn auch dieses Verhalten in Verbindung mit sonstigen Momenten das Gefährdungsurteil begründet. - Allerdings wird es vielfach so sein, daß schon das bisherige Verhalten des Schuldners sich als böswilliges, jedenfalls eindeutig gegen die Interessen des Gläubigers gerichtetes Handeln darstellt, das bereits die Erfüllung selbst (teilweise) in Frage stellt oder schon vereitelt (oder erschwert) hat und insofern besonders nachdrücklich die Besorgnis der Rechtsvereitelung durch weitere derartige Handlungen begründet (49).

Entscheidend für die Statthaftigkeit des sichernden und vorbeugenden Zwangseingriffs ist aber nicht die Qualifikation dieses bisherigen Verhaltens als solchem, sondern der aus diesem und weiteren bekannten Tatsachen zu ziehende Schluß auf die künftige Entwicklung, d.h. auf das fernere Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Schuldners. Der Verfügungsgrund, d.h. die Besorgnis der Rechtsgefährdung, liegt "in der auf Schlußfolgerung beruhenden Vorstellung des Menschen über den Lauf künftiger Dinge" (50). Daß diese künftigen Dinge nicht "zufällige Ereignisse" oder Handlungen Dritter sein können, wurde - entgegen vielfach wiederholter aber nicht begründeter Äußerungen in der Literatur - schon betont (51). Die Verfügung kann sich auch nur gegen den Schuldner richten (52).

Das zu erwartende, befürchtete Verhalten des Schuldners stellt sich demnach dar als ein aktives Zuwiderhandeln gegen das Interesse des Gläubigers an richtiger und rechtzeitiger Erfüllung, oder

---

48) Dem entspricht, daß auch im Bereich der - außervertraglichen - vorbeugenden Unterlassungsklage ein rechtswidriger Eingriff nicht vorausgesetzt wird, vgl. unten 7.Kap. II.
49) Blomeyer, aaO, S.657; Beispiele: Wenn der Schuldner schon wesentliche Vermögensgegenstände verschoben, veräußert oder belastet hat, die zu liefernde Sache bereits beeinträchtigt, die Erwerbstätigkeit im Urlaub schon aufgenommen hat.
50) RGZ 67,365,370.
51) Ebenso Blomeyer, aaO.
52) Vgl. N.41.

als ein Untätigbleiben gegenüber einem Geschehensablauf, der seinerseits zur Vereitelung des Gläubigerinteresses führen muß, und dessen Verhinderung vom Schuldner erwartet wird. Es liegt in der Natur der Sache, daß dieses künftige Verhalten noch nicht objektiv feststeht, sondern erst vermutet und erwartet wird. Aber dieses - auf Grund des Wahrscheinlichkeitsurteils - praesumierte Verhalten stellt sich in abstracto jedenfalls als eine Vertragswidrigkeit dar, weil es die Rechtsverwirklichung, also den geschuldeten Erfolg, vereiteln oder erschweren wird.

Das gilt sowohl für "eklatant" vertragswidriges Verhalten, das gezielt gegen das Erfüllungsinteresse gerichtet ist, z.B. das bevorstehende Beiseiteschaffen von Vermögenswerten oder die anderweitige Veräußerung der zu liefernden Sache, wie auch für scheinbar "neutrale" Handlungen, wie der Eigenverbrauch des eingezogenen Geldes oder die Vernachlässigung der eigenen Materialien und Gerätschaften. Durchweg kommt es nur auf die befürchtete Wirkung an, auf den Effekt der erwarteten Handlungen: Daß nämlich der geschuldete Erfolg, die "Rechtsverwirklichung" mit Wahrscheinlichkeit nicht erreicht werden wird, weil der Schuldner in seinem Dispositionsbereich die befürchtete negative Auswahl zu treffen droht. Diese gedanklich antezipierte Wirkung kennzeichnet gleichzeitig das Verhalten des Schuldners, das diese Wirkung zeitigt, als Verstoß gegen die Pflichtbindung und damit als "Vertragswidrigkeit".

Der Tatbestand des Verfügungsgrundes als der Besorgnis der Vereitelung der Rechtsverwirklichung entspricht daher jenem im materiellen Recht erörterten der "Interessengefährdung" (als einer spezifischen Leistungsstörung). Es geht jeweils darum, daß nach dem gegenwärtig erkennbaren und - für den Fall des vorbeugenden Rechtszwanges - dem Gericht glaubhaft zu machenden Stand der Dinge vom Schuldner die Erfüllung seiner Schuld nicht erwartet und erhofft werden kann, da er - soweit erkennbar und nach diesen Umständen objektiv zu schließen - sich nicht in der ihm möglichen und zumutbaren und von ihm zu erwartenden Weise um die Erfolgsverwirklichung bemühen wird.

Dieser "Gefährdungstatbestand" bedeutet seinerseits eine Leistungsstörung (53)- an die sich alternativ die Sanktion der vorzeitigen Vertragsauflösung mit Schadensersatz oder der vorbeugende Zwangseingriff anschließt -, da der Schuldner im Rahmen seiner

53) Und zwar, vom Fall des entschuldbaren Irrtums (vgl. oben 4. Kap. I bei N.21) abgesehen, auch schuldhafte.

Leistungsdisposition auch gehalten ist, eine Situation zu vermeiden, die für den objektiven Betrachter (im Rahmen der konkreten Schuldanlage und der darin dem Schuldner eingeräumten Gestaltungsfreiheit) den Schluß auf den künftigen Mißerfolg der geschuldeten Leistungen nahelegt oder aufzwingt.

Auch wenn es dem Schuldner aus zufälligen oder jedenfalls dem Gläubiger (im Sinne eines objektiven Betrachters) nicht erkennbaren Umständen doch noch gelingen sollte, den praestierten Erfolg zu realisieren, so ändert das nichts daran, daß er gegenüber dem Gläubiger bereits den Rahmen einer loyalen, vertrauensgerechten Leistungsbemühung verlassen hat, wenn er die "Besorgnis" einer Erfolgsvereitelung entstehen ließ und ihr nicht (ggf. auf Aufforderung des Gläubigers) durch Gegenmaßnahmen oder Aufklärung über seine Dispositionen begegnet ist.

Belastet der Geldschuldner sein (einziges) Grundstück, ohne über Verbleib und Verwendung des aufgenommenen Geldes Auskunft zu geben, so kann darin eine nicht mehr schuldadäquate Gefährdung des Gläubigerinteresses und damit ein Arrestgrund liegen, den der Schuldner "zu vertreten" hat (54). Es wäre an ihm, den Gefährdungstatbestand zu beseitigen, sei es durch Stellung einer Sicherheit, sei es durch hinreichende Erklärung über seine Verwendung des Geldes. - Schließlich kann der Schuldner auch im Arrestprozeß "anerkennen" (55), womit er sich quasi freiwillig der erstrebten Sicherung unterwirft und damit dem Sicherungsbedürfnis des Gläubigers genügt, wie er auch nachträglich (§ 927 ZPO) den Arrestgrund durch entsprechende Maßnahmen beseitigen kann.

Der gutwillige Schuldner ist also durchaus in der Lage, eine Besorgnis über seine Leistungsbereitschaft zu zerstreuen und damit den Zwangseingriff zu hindern. Unterläßt er dies, so schafft er eine "Gefährdung" des Gläubigerinteresses und setzt sich - auch materiellrechtlich gesehen - zu Recht Sanktionen wegen dieser Leistungsstörung aus, selbst wenn es u.U. auch ohnedies zur Erfüllung gekommen wäre.

(c) Die Meinung, daß es sich bei den Maßnahmen des vorbeugenden und einstweiligen Rechtsschutzes nicht um Reaktionen auf eine materiellrechtlich zu begreifende Leistungsstörung handelt, rührt offenbar zum Teil daher, daß das Wahrscheinlichkeitsurteil im Rahmen des Gefährdungstatbestandes, durch das die bekannten zu den möglichen Tatsachen in Bezug gesetzt werden, mit der Glaubhaftmachung verwechselt bzw. in unzutreffende Verbindung gebracht wird (56). - Noch weiter verunklart wird die Aussage, wenn auch noch die für die Auswahl der anzuordnenden Maßnahmen einschlägige

---

54) Vgl. RGZ 143,118.
55) Vgl. dazu Furtner, DRiZ 60,399.
56) Vgl. z.B. RGZ 63,365 f.

Kategorie des Ermessens mit ins Spiel gebracht und festgestellt wird: "Ob eine Gefährdung vorliegt, darüber entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen" (57). Alle drei Aspekte müssen deutlich auseinandergehalten werden:

Bei der Feststellung der "Gefahr für die Rechtsverwirklichung" im summarischen Verfahren sind zwei Wahrscheinlichkeitsurteile quasi hintereinandergeschaltet zu treffen.

(1) Einmal das soeben erörterte Urteil, ob die vorliegenden (58) Tatsachen den Schluß auf die drohende Rechtsvereitelung zulassen, d.h. eine echte Prognose im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung über den wahrscheinlichen Eintritt künftiger - die Erfüllung vereitelnder - Geschehnisse (Handlungen oder Unterlassungen des Schuldners) anhand gegebener Tatsachen. - Diese Wertung hat sich weder an der subjektiven Besorgnis des (auch "gutgläubigen") Gläubigers auszurichten, noch kann es sich naturgemäß um eine objektive Prognose etwa im Sinne der Adäquanzformel (optimaler Beurteiler) handeln. Es bleibt nur - wie das Reichsgericht (59) unter voller Gefolgschaft der Literatur (60) formuliert - das "Urteil eines verständigen, ruhigen Mannes aufgrund eingehender gewissenhafter Prüfung des vorliegenden Tatsachenmaterials".

Welcher Grad an Wahrscheinlichkeit erforderlich ist, damit dieser - vom Gericht repräsentierte - "verständige Mann" diese Besorgnis der Rechtsvereitelung gewinnt, ist damit noch nicht definiert (und auch in Literatur und Rechtsprechung kaum näher untersucht). Es ist in diesem Zusammenhang aber nicht entscheidend, ob bei diesem Gefährlichkeitsurteil eine "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit", ein "vernünftige Zweifel ausschließender Grad an Wahrscheinlichkeit" (61) erforderlich ist, oder ob es genügt, daß "naheliegende Gründe für den Eintritt des befürchteten Ereignisses sprechen" (62). Jedenfalls handelt es sich bei diesem Urteil über das Vorliegen der Gefahr weder um eine Ermessensentscheidung des Gerichts (63) noch um eine Form der "Glaubhaftmachung": Ein - wenn auch unbestimmter - Begriff kann als solcher nicht glaubhaft gemacht, sondern nur - in einem subsumtionsartigen,

---

57) Baumbach-Lauterbach, § 935 Anm.2; vgl. krit. K.Blomeyer, ZZP 65 (1952), S.52,55.
58) D.h. vorgetragenen und glaubhaft gemachten.
59) RGZ 67,365,368/9; RG JW 38,1275.
60) Statt aller: Baumbach-Lauterbach, § 935 Anm.2.
61) BGHZ 18,311,318 (zum Indizien- und Anscheinsbeweis).
62) So RG, aaO (N.59).
63) Im Sinne einer Entschließungsauswahl.

mit einer Wertung verbundenen Vorgang - gebildet und vollzogen werden.

Diese Feststellung der Rechtsgefährdung unterscheidet sich in nichts von den entsprechenden Urteilen und Folgerungen im materiellen Recht, wenn etwa im Rahmen der vorbeugenden Unterlassungsklage (§ 1004 BGB) die "drohende Störung" oder die "ernsthafte Gefahr" (64) der Rechtsverletzung geprüft wird, aber auch, wenn ex post im Rahmen eines Schadensersatzprozesses geprüft wird, ob der Schuldner sich einer solchen Gefährdung des Leistungsinteresses (Vertragserfolges) "schuldig" gemacht hat, daß der Gläubiger vom Vertrag abstehen dürfte (65). Es handelt sich insofern um keine Eigenheit des besonderen Verfahrens des "einstweiligen Rechtsschutzes", die eine völlige Autonomie dieses Rechtsschutzbereichs vom materiellen Recht bedingen oder erklären könnte. Die Schlußfolgerung aus den gegebenen Tatsachen auf die befürchtete Entwicklung hat im summarischen Verfahren nicht anders zu erfolgen als im normalen Erkenntnisverfahren: Der Wahrscheinlichkeitsgrad ist derselbe, und hier wie dort ist es für den Tatbestand der Gefahr unerheblich, ob im konkreten Einzelfall aus besonderen Gründen das befürchtete Ereignis nicht eintritt, sofern jedenfalls die Tatsachen, die dem Urteil zugrundelagen, als solche zutrafen (66).

(2) Diese zugrundeliegenden Tatsachen sind im summarischen Verfahren allerdings nicht voll zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen (§§ 920 Absatz 2, 294 ZPO), d.h. zu dem geringeren Grad einer "überwiegenden Wahrscheinlichkeit" (67) dem Gericht nahe zu bringen. - Dieses Wahrscheinlichkeitsurteil charakterisiert das summarische Verfahren. Nur darauf ist die Aussage bezogen, "der Arrestgrund sei glaubhaft zu machen", und nur diese Glaubhaftmachung kann ggf. durch Sicherheitsleistung ersetzt werden (68),

---

64) Vgl. BGH LM Nr.27 zu § 1004 BGB; die Formel: "Die objektive, auf Tatsachen gegründete ernstliche Besorgnis weiterer Störungen" ist für die sog. Wiederholungsgefahr allgemein anerkannt; vgl. Palandt-Hoche, § 1004 Anm.2c.

65) Vgl. BGHZ 11,80.

66) Eine Nachprüfung dieses Urteils über das Vorliegen einer Gefahr erfolgt auch nicht im nachfolgenden Schadensersatzprozeß gem. § 945 ZPO.

67) Baumbach-Lauterbach, § 294 Anm.1; Wieczorek, § 294 Anm. A II ("grobe Möglichkeit"); Rosenberg, LB § 111 I 2b ("gute Möglichk.")

68) Nach Stein-Jonas-Pohle, § 921 Anm.II 1, kann die Sicherheitsleistung die Glaubhaftmachung nicht ersetzen, sondern allenfalls stützen oder ergänzen; ähnlich Bruns, ZZP 65,67,70.

nicht aber der Arrest- bzw. Verfügungsgrund als solcher. D.h.: Der Gläubiger (Antragsteller) ist auf jeden Fall gehalten, solche Tatsachen vorzutragen, die "schlüssig" eine Besorgnis im oben beschriebenen Sinne ergeben, die also - ihre Richtigkeit unterstellt - eine Gefährdung für die Rechtsverwirklichung erkennen lassen (69). Sofern eine spätere Nachprüfung des Verfügungsgrundes im vollen Erkenntnisverfahren des Schadensersatzprozesses erfolgt (s. unten 3.), kann sie sich auch nur auf diesen Aspekt der Glaubhaftmachung der Tatsachen beziehen, d.h. ob das Vorliegen dieser Tatsachen voll bewiesen werden kann oder nicht. Gerade hierfür dient auch ggf. die angeordnete Sicherheitsleistung: Sie sichert den Schadensersatzanspruch des Schuldners aus § 945 ZPO, falls sich nachträglich erweist, daß die Tatsachen, aus denen auf eine Gefährdung der Leistung geschlossen wurde, nicht vorlagen.

Wenig erhellend ist es allerdings, wenn B r u n s (70) davon spricht, von der Rechtsprechung werde nicht die Existenz, sondern die Evidenz des Arrestgrundes verlangt - ein Ausdruck, den die Rechtsprechung nicht verwendet und den er dann selbst als "monströs" kompromittiert. Bei einem Begriff wie "Gefahr" als einem kognitiven Urteil über eine angelegte Finalität, einem Wahrscheinlichkeitsurteil, können diese Aspekte nicht auseinandergehalten werden: Die Gefährdung ist (begrifflich) vorhanden, wenn sie dem Urteil als solche erscheint. Dieses Urteil wiegt definitionsgemäß die bekannten gegen die denkbaren unbekannten Bedingungen ab - und zwar vom Standpunkt eines vernünftigen einsichtigen Mannes. Dies ist ein durchaus abstraktes, allgemeingültiges Urteil. Soll aber durch den Begriff der "Evidenz" die Tatsache zum Ausdruck kommen, daß der Arrestgrund nur glaubhaft zu machen ist, so müßte dies im selben Maß auch für den Hauptanspruch gelten: Auch für diesen ist dann nur die Evidenz (Glaubhaftigkeit) erforderlich.

Insgesamt kann sonach die Feststellung getroffen werden, daß die Tatsache, daß die vorbeugenden Zwangsmaßnahmen des summarischen Verfahrens an einen im Prozeßrecht normierten und nach jenen Regeln nur glaubhaft zu machenden "Verfügungsgrund" anschließen, diese Sanktion noch nicht vom materiellrechtlichen Hintergrund abstrahiert und zu einem rein prozeßrechtlichen Rechtsschutzinstitut prägt. Die "Rechtsgefährdung" ist der sachliche Anlaß

---

69) Insoweit sind die Bemerkungen von Baur, Studien, S.25,28, zu ergänzen, in denen er nur von der Schlüssigkeitsprüfung bzgl. des materiellen Hauptanspruchs spricht.

70) AaO (N.68), S.70.

und Rechtfertigungsgrund für den Zwangseingriff und entspricht völlig dieser Kategorie im materiellen Recht. Nur die Eilbedürftigkeit bedingt die besondere summarische Form des Verfahrens. Die volle Rückkoppelung zum materiellen Recht erfolgt in der nachfolgenden "Bewährung" im Erkenntnisverfahren des Hauptprozesses und vor allem des Schadensersatzprozesses.

3. Der Verfügungsgrund im Rahmen des Schadensersatzprozesses gemäß § 945 ZPO.

Ob der Gläubiger berechtigt war, sein Interesse durch einen - im summarischen Verfahren durchgesetzten - Zwangseingriff in die Schuldnersphäre zu sichern, muß sich in einem nachfolgenden Erkenntnisverfahren zeigen, denn der Schuldner kann Schadensersatz verlangen, "wenn sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist" (§ 945 ZPO).

Geht der Streit nur darum, ob überhaupt ein materieller (Haupt-) Anspruch besteht, so wird der Gläubiger in der Regel vom Schuldner genötigt werden, in der "Hauptsache" Klage zu erheben (§ 926 ZPO) (71); ergeht hier ein Urteil über Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs, so entfaltet dies auch Rechtskraft für einen evtl. Schadensersatzprozeß (72).

Der Gläubiger darf die Erleichterung des summarischen Verfahrens nur vorläufig und - letztlich - auf eigenes Risiko in Anspruch nehmen; die volle Überprüfung seiner Berechtigung, auf die behauptete Interessengefährdung mit einer Zwangssanktion zu reagieren, muß ggf. nachgeholt werden. Der Schuldner ist zwar zunächst aufgrund einer nur kursorischen Tatsachenprüfung einem (staatlichen) Eingriff unterworfen, dem er sich nicht entziehen kann. Insofern räumt das Gesetz dem Gläubigerinteresse an Ermöglichung und Sicherung der Primärerfüllung den Vorrang ein. Der Schuldner hat die nachteiligen Wirkungen der Maßnahme aber dann nicht endgültig zu dulden und zu tragen, wenn der Gläubiger seine Berechtigung

---

71) Bei nicht fälligen Ansprüchen kommt insoweit nur Feststellungsklage oder Klage auf künftige Leistung in Frage.
72) Allg. Meinung; vgl. Baur, Studien, S.105.

nicht nachträglich voll beweist (73).

Daraus muß gefolgert werden, daß in dem nachfolgenden Erkenntnisverfahren des Schadensersatzprozesses sachlich über das "Recht" (die Berechtigung) des Gläubigers entschieden wird, der vom Schuldner zu verantwortenden "Interessengefährdung" mit der Forderung oder Durchsetzung präventiver Maßnahmen zu begegnen, daß also nur das - aus praktischen Gründen zunächst nicht mögliche - Erkenntnisverfahren über den "Sicherungsanspruch" des Gläubigers mit umgekehrten Vorzeichen (74) nachgeholt wird.

Diese These ist allerdings nicht unproblematisch. Denn es ist im einzelnen durchaus streitig, in welcher Weise und in welchem Umfang im Rahmen des Schadensersatzprozesses die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen sichernden Verfügung einer vollen Nachprüfung unterzogen werden sollen bzw. dürfen.

Es geht dabei vor allem um folgende Fragen: Ist das Bestehen des Arrestgrundes überhaupt zu prüfen, d.h. kann sein Fehlen einen Schadensersatzanspruch begründen, sofern ein materieller Anspruch bestand, und wenn ja, soll die Nachprüfung sich auf die "wirkliche Existenz" der Gefährdung oder nur darauf beschränken, ob diese dem Verfügungsrichter glaubhaft sein durfte, er sie "vernünftigerweise annehmen durfte"? (unten a,b). Weiter ist problematisch, wie weit der "Schadensersatz-Richter" an der vollen Nachprüfung durch rechtskräftige Entscheidungen des Verfügungsverfahrens gehindert ist (unten c). Schließlich bestehen Zweifel, in welchem Umfang bei der Berechnung des Schadens aus § 945 ZPO die materielle Pflichtenlage des Schuldners zu berücksichtigen ist; außerdem, ob und auf welcher Grundlage der Gläubiger Schadensersatz verlangen kann, falls es ihm nicht gelang, eine Rechtsgefährdung glaubhaft zu machen und daher sein Verfügungsantrag abgelehnt oder auf Widerspruch zurückgewiesen oder aufgehoben wurde (unten d).

(a) Daß die einstweilige Verfügung "von Anfang an ungerechtfertigt" war, wenn der zu schützende materielle Leistungsanspruch

---

73) Aus dieser Sicht rechtfertigt sich das Verständnis des Schadensersatzanspruchs aus § 945 ZPO als ein Fall eines "Aufopferungsanspruchs", vgl. Baur, aaO, S.110. Diese Frage wird hier nicht verfolgt.

74) Aus diesem Grunde müßte für die Beweislast gefolgert werden, daß - ähnlich wie bei der negativen Feststellungsklage - nicht der Schuldner für seinen Schadensersatzanspruch das Fehlen von Anspruch oder Gefahr zu beweisen, sondern der Gläubiger zu beweisen hätte, daß Anspruch und Gefahr bestanden.

in Wahrheit nicht bestand, ist unzweifelhaft (75). Dagegen kann der Schadensersatzanspruch nicht schon damit begründet werden, daß der Anspruch - obwohl er tatsächlich bestand - vom Gläubiger angeblich nicht ausreichend glaubhaft gemacht war (76), der Verfügungsrichter die Verfügung also nicht hätte erlassen dürfen, weil ihn die vom Kläger gebotenen Mittel der Glaubhaftmachung nicht hätten überzeugen dürfen (77). Dies ergibt sich - wie B r u n s (78) bemerkt - schon aus § 921 Absatz 2 Satz 1 ZPO, wonach der Gläubiger von vornherein die Möglichkeit hat, die Glaubhaftmachung überhaupt durch Sicherheitsleistung zu ersetzen.

Daran zeigt sich, daß der Schadensersatzprozeß nicht ein Superrechtsmittel im Rahmen des Verfügungsverfahrens ist, in dem geprüft würde, wie der Verfügungsrichter korrekt hätte entscheiden sollen; vielmehr geht es darum, wie sich aus der Sicht des jetzt nach vollem Beweisverfahren über den Schadensersatzanspruch entscheidenden Richters die tatsächliche Lage zur Zeit des Erlasses der vorbeugenden Maßnahme darstellt, ob er Hauptanspruch und Verfügungsgrund als damals gegeben ansieht (79).

Anderer Ansicht, sehr dezidiert, wenn auch nur obiter (80), das Reichsgericht im 59. Band (81): Auch das Schadensersatzgericht müsse sich auf den Standpunkt der Glaubhaftmachung stellen; die einstweilige Verfügung sei schon dann im Sinne des § 945 ZPO "von Anfang an ungerechtfertigt", wenn eine den Hauptanspruch beseitigende Einrede zur Zeit jenes Verfahrens als glaubhaft erscheinen mußte.

Noch weitergehend W u r z e r (82), der eine sachliche Nachprüfung des Schadensersatzgerichts überhaupt verneint, und grundsätzlich eine aufhebende Entscheidung im Verfügungsverfahren als

---

75) Zur Rechtskraft einer Entscheidung im Hauptprozeß vgl. oben bei N.72; zur Bindungswirkung von Entscheidungen im Verfügungsverfahren unten S.119 ff.
76) Auch dies ist h.M.; vgl. Rosenberg, § 213 VII; Baur, Studien, S.105. Gelegentliche anders klingende Äußerungen beziehen sich auf die Frage der Bindung an eine (auf mangelnde Glaubhaftmachung gestützte) aufhebende Entscheidung, z.B. RGZ 59,355; Stein-Jonas-Pohle, § 945 Anm.II 2.
77) Baur, aaO, S.105.
78) Zwangsvollstreckungsrecht, § 45 VII 1a.
79) Baur, aaO.
80) Das Urteil wird letztlich auf die Bindungswirkung der aufhebenden Entscheidung im Widerspruchsverfahren gestützt.
81) RGZ 59,355,358, im Anschluß an RGZ 27,427.
82) Wurzer, Zum Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO, GruchBeitr. 63 (1919),577 ff.

Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 945 ZPO fordert: Der Schuldner könne nicht zur Feststellung des Schadensersatzanspruches statt des beschränkten Verfügungsverfahrens das unbeschränkte ordentliche Verfahren auswählen; ein solches "Verfügungsrecht über die Verfahrensarten gewähre die Prozeßordnung nicht".

Diese Meinungen widersprechen aber dem oben entwickelten Sinn des Schadensersatzprozesses (83): Hier soll der Schuldner die Möglichkeit erhalten, den "bösen Schein" mit den vollen Beweismitteln zu beseitigen, dem er möglicherweise aufgrund bloßer Glaubhaftmachung des Gläubigers ausgesetzt war. Aber umgekehrt soll er auch nicht allein deshalb Schadensersatz, also "Rehabilitation" erhalten, weil das Schadensersatzgericht möglicherweise der Ansicht ist, damals sei das Verfügungsgesuch nicht hinreichend glaubhaft gemacht gewesen, der Schuldner habe eine - wenn auch in Wirklichkeit nicht bestehende - Einrede damals "an sich" glaubhaft gemacht. Das Ergebnis wäre in der Tat "seltsam" (84). Dem entspricht auch, daß nach heute einhelliger Meinung das Urteil im Hauptprozeß für den Schadensersatzprozeß Rechtskraft wirkt, also beispielsweise vom Bestehen des Hauptanspruchs auszugehen ist, ohne daß noch die Frage der Glaubhaftmachung im Verfügungsverfahren aufzuwerfen ist; und außerdem, daß der Schadensersatzanspruch nur in einem eigenen Verfahren, also insbesondere nicht in dem summarischen Widerspruchsverfahren geltend gemacht werden kann.

(b) Was für den Leistungsanspruch selbst gilt, muß in gleichem Maße auch für die Frage der Gefahr für die Erfüllung gelten: Auch insoweit hat im Rahmen des § 945 ZPO das volle Erkenntnisverfahren nachzufolgen.

G o l d s c h m i d t (85) und B r u n s (86) bezweifeln allerdings, ob überhaupt bei Bestehen (fälliger) Ansprüche das Fehlen der Verfügungsgefahr einen Schadensersatzanspruch begründen könne. - Für die Sicherung nicht fälliger Ansprüche kann aber offenbar auf das Vorliegen einer Rechtsgefährdung als Voraussetzung für die "Berechtigung" einer vorbeugenden Maßnahme nicht verzichtet werden. Aber auch bei fälligen Ansprüchen ist es nicht so, daß der Gläubiger durch die sichernde Maßnahme immer erhält, was ihm aufgrund des Hauptanspruchs "ohnehin gebührt". Dies gilt allenfalls im Bereich jener Ansprüche (z.B. Unterlassungsansprüche), wo die Sicherung einer (teilweisen) Erfüllung notwendig gleichkommt, weshalb hier die Rechtsprechung (87) und Literatur auch geneigt sind, einen "ersetzbaren Schaden" zu verneinen. Im übrigen hat der Gläubiger kein "Recht", ohne Not den Schuldner mit einer sichernden Maßnahme zu überziehen, wenn der Schuldner die Erfüllung als solche - wenn auch ggf. nach vorheriger Klärung der Existenz des Anspruchs - nicht zu vereiteln drohte, also keine Verfügungsgefahr geschaffen hat.

---

83) Zur Entstehungsgeschichte vgl. unten bei N.109 ff.
84) Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, § 112,4.
85) AaO.
86) AaO (N.78), § 45 VII c.
87) BGHZ 15,356; vgl. unten (d).

Schwerwiegender im vorliegenden Zusammenhang ist die wohl überwiegend vertretene Meinung, daß über das Vorliegen eines Verfügungsgrundes im Schadensersatzprozeß keine volle sachliche Nachprüfung, sondern nur eine solche "vom Standpunkt eines richtig entscheidenden Arrestgerichtes" (88), d.h. danach, ob der Arrestrichter vernünftigerweise eine Besorgnis annehmen durfte (89), stattfinden dürfe. (Dementsprechend wird auch überwiegend eine Bindung des Schadensersatzgerichts sowohl an bestätigende wie an aufhebende Entscheidungen im Verfügungsverfahren hinsichtlich des Verfügungsgrundes bejaht; vgl. dazu unten (c).) - Diese Meinung stützt sich vor allem auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (90), in der es heißt: "Sollten nach den späteren Ermittlungen (d.h.: im Schadensersatzprozeß) die Tatsachen, die die Besorgnis der Gefährdung des Gläubigers nahelegten und wahrscheinlich machten, in Wahrheit nicht vorhanden gewesen sein", so sei dies "unerheblich, ... da sie glaubhaft gemacht waren ... und daher mit ihnen gerechnet werden mußte". Darin scheint eindeutig zum Ausdruck zu kommen - und so wurde es in Literatur und Rechtsprechung auch verstanden -, daß es hinsichtlich des Verfügungsgrundes für die endgültige Rechtfertigung des Zwangseingriffes genügt, wenn die Gefahr aufgrund des vom Kläger vorgetragenen Materials glaubhaft war, auch wenn der Schuldner in Wahrheit keinen Anlaß zur Besorgnis gegeben hatte. Dies würde bedeuten, daß sich der Zwangseingriff des Verfügungsverfahrens in der Tat als eine autonome, sich nicht notwendig an einen materiellen "Tatbestand der Rechtsgefährdung" anschliessende Maßnahme darstellen könnte, als eine Sanktion rein prozessualen Güterschutzes, einer Art rechtspolizeilicher Sicherungsmaßnahme (Blomeyer), der der Schuldner insoweit unkorrigierbar ausgesetzt ist.

Aber das ist nicht zutreffend - und war auch nicht die wirkliche Meinung des Reichsgerichts in jener Entscheidung:

Der zitierten Stelle lag nämlich wiederum die Verwechslung der "Tatsachen" mit dem darauf gestützten Besorgnisurteil zugrunde:

---

88) Baumbach-Lauterbach, § 945 Anm. 2A.
89) RGZ 157,14,19; OLG Hamburg MDR 56,304/5.
90) RGZ 67,365,370.

Das tatsächlich gezeigte Verhalten des Schuldners (hier: auffällige Verwendung von Geschäftsmitteln zu außergeschäftlichen Zwecken usw.) war erwiesen. Nur hatte es sich nachträglich nicht als "leichtfertig und die Gläubiger gefährdend" dargestellt, weil der Schuldner tatsächlich in der Lage und bereit gewesen wäre, auch ohne Arrest seinen Verbindlichkeiten nachzukommen. Aber gerade diese - vor dem tatsächlich gezeigten Verhalten - unwahrscheinliche Möglichkeit kann das Urteil über die angelegte "Gefahr" in der Tat nicht nachträglich beseitigen. Das Gefährlichkeitsurteil ist immer ex ante (91) zu fällen, allerdings im Schadensersatzprozeß auf der Basis einer auf alle Beweismittel gestützten Feststellung des - damals nur glaubhaft gemachten - Sachverhalts (92).

Die Tatsache, daß der Arrestrichter aufgrund der ihm unterbreiteten Tatsachen eine Gefahr bejahen konnte und daher zur Anordnung berechtigt und verpflichtet war, verschafft der Anordnung noch nicht definitive Rechtfertigung und Bestand. B l o m e y e r (93) bemerkt richtig, daß die Ersatzpflicht gerade hindern soll, daß der durch bloße Glaubhaftmachung entstandene böse Schein (94) endgültigen Schaden anrichtet. Und B a u r (95) betont im selben Sinne, daß nach der mit dem summarischen Verfahren notwendig verbundenen Schwäche die Parteien nicht gehindert werden dürfen, im Schadensersatzprozeß alle Beweismittel auch bezüglich des Arrestgrundes nutzbar zu machen. Es wird sonach im Schadensersatzprozeß nicht nur der Anspruch geprüft, sondern auch festgestellt, ob eine Gefährdung der Interessen des Gläubigers vorlag, und zwar anhand der damals tatsächlich gegebenen und objektiv erkennbaren Umstände. Daß sich die Gefahr später nicht realisiert hat, berührt dieses Wahrscheinlichkeitsurteil nicht. Hat der Gläubiger aber auf unzureichender tatsächlicher Grundlage eine "Gefahr" gesehen und eine Verfügung erwirkt, so kann er seinen Eingriff in die Schuldnersphäre nicht "rechtfertigen"; er hat das summarische Verfahren auf eigene Gefahr in Anspruch genommen.

(c) Vor diesem Hintergrund beantwortet sich auch die Frage nach der Bindungswirkung von (bestätigenden oder aufhebenden)

---

91) Als "nachträgliche Prognose".
92) Das Urteil ist also im Ergebnis richtig, weil sich das tatsächlich gezeigte (als solches nachträglich erwiesene) Verhalten obj. als leichtfertig darstellen mußte.
93) Zivilprozeßrecht, § 119 V 2e.
94) Dem im Verfügungsverfahren nur sofort vertretbare Beweismittel entgegengehalten werden können (§ 294 II ZPO).
95) Studien, S.107.

Entscheidungen, die im Verfügungsverfahren auf Widerspruch oder Berufung ergingen, für den Schadensersatzprozeß.

Nach einhelliger Meinung (96) ist das Schadensersatzgericht durch eine die Anordnung bestätigende Entscheidung im Verfügungsverfahren nicht gehindert, die tatsächliche Existenz des Anspruchs zu verneinen und damit die Anordnung als nicht gerechtfertigt zu erweisen. - Dagegen soll das Gericht hinsichtlich des Arrestgrundes gebunden sein; dies wird als Konsequenz der oben zu (b) erörterten Meinung dargestellt, wonach für den Arrestgrund ohnehin dessen Glaubhaftigkeit für den Arrestrichter entscheidend sei (97). - Wurde dagegen die Anordnung bzw. Verfügung auf Widerspruch oder Berufung aufgehoben, so wird von der überwiegenden Meinung eine Bindung sowohl bezüglich des Arrestanspruches wie des Arrestgrundes bejaht, die Anordnung ohne weiteres als "nicht gerechtfertigt" und damit der Schadensersatzanspruch jedenfalls dem Grunde nach als begründet erachtet (98).

Eine Bindungswirkung der Vorentscheidungen aus dem Verfügungsverfahren und damit eine Beschränkung der Nachprüfungsmöglichkeit des Schadensersatzgerichts kann aber in keiner dieser Richtungen anerkannt werden (99): Daß eine solche Wirkung nicht mit der materiellen Rechtskraft (§ 322 Absatz 2 ZPO) jener Entscheidungen begründet werden kann (100), hat bereits das Reichsgericht gesehen (101) und ist von K. B l o m e y e r (102) und B a u r (103)

---

96) RGZ 58,236,241; 72,27,29 (nur provisorische Entscheidung); Blomeyer, ZPR, § 119 V, S.669,670; Baur, Studien, S.107; Bruns, aaO (N.78), S.235. A.A. nur Wurzer, aaO (N.82).

97) RGZ 58,236,242 (obiter); OLG Hamburg MDR 56,304; Baumbach-Lauterbach, § 945 Anm.3Cb; Baur, Zwangsvollstreckungsrecht (7.A.), § 45 VI 1a; a.A. ders., Studien, S.107; Blomeyer, aaO (N.96); Bruns, aaO.

98) Verfügungsanspruch nicht glaubhaft: RGZ 59,355; JW 37,2234; BGHZ 15,356 läßt die Frage offen; Baumbach-Lauterbach, § 945 Anm.3Ca ("Rechtskraft"); Rosenberg, § 213 IV 1a; Blomeyer, § 119 V, S.670 ("Feststellungswirkung"). - Verfügungsgrund nicht glaubhaft: RGZ 143,118,120; Bruns, aaO (N.78), S.235; Rosenberg, aaO; Blomeyer, aaO.

99) So jetzt auch Baur, Studien, S.106 ff.; Blomeyer, ZPR, § 199 V, S.669, verneint nur die Bindung bestätigender Entscheidungen; während Bruns, aaO (N.78), jede Bindung hinsichtl. des Hauptanspruchs verneint, dagegen die Rspr. hinsichtl. des Verfügungsgrundes hinnimmt; ähnlich Wieczorek, § 945 Anm.B II a2 ("mindestens gewohnheitsrechtlich").

100) So aber Rosenberg, aaO (N.98); Baumbach-Lauterbach, aaO; Stein-Jonas-Pohle, § 945 Anm.II 2.

101) RGZ 58,236; 59,355,359.

102) ZZP 65 (1952), S.52,67.

103) Studien, S.91 ff.

eingehend begründet worden: Auch die auf Widerspruch oder Berufung ergehende Entscheidung im Verfügungsverfahren beruht auf einer nur summarischen Prüfung, die gegenüber dem Erkenntnisverfahren des § 945 ZPO auf anderer Ebene liegt. Der Streitgegenstand (mit der daran geknüpften Rechtskraftwirkung) kann aber nur in jeweils gleichartigen Verfahrensarten derselbe sein. - A. B l o m e y e r (104) glaubt die Bindungswirkung (mindestens der aufhebenden Entscheidung) mit der "rechtsgestaltenden Wirkung" jener Entscheidungen begründen zu können. Der Antragsteller trage das Risiko, daß der von ihm erwirkte Vollstreckungstitel in dem dafür vorgesehenen Verfahren aufgehoben werde (105); der Erlaß des Titels geschehe unter der Bedingung, daß er auch bei Anfechtung bestehen bleibe. - Diese Argumentation ist aber nicht zwingend: Der Gläubiger trägt zwar die Gefahr der Aufhebung (wenn ihm Glaubhaftmachung nicht voll gelingt), womit aber noch nicht gesagt ist, daß er auch Schadensersatz zu leisten hat. Dies ist sehr wohl von einer materiellen Nachprüfung (wie dies auch bei § 717 ZPO in der Instanz erfolgt) abhängig; der Arrest bzw. die Verfügung sind nur dann nicht gerechtfertigt, wenn dem Gläubiger der endgültige Nachweis mißlingt, daß Anspruch und Gefahr objektiv vorgelegen haben.

Demnach kann es auch nicht als zureichender Grund für die Verweigerung dieses Nachweises angesehen werden, daß "die Nachprüfung unzweckmäßig und den Interessen der Rechtssicherheit abträglich sei" (106) oder daß es darum gehe, "eine einheitliche Rechtsprechung zu wahren" (107). B a u r bemerkt zu Recht (108), daß solche möglichen Widersprüche in der Verbindung eines zunächst summarischen Verfahrens mit einem nachfolgenden, auf alle Beweismittel gestützten Hauptsache- bzw. Schadensersatzprozeß angelegt seien, und daß der Wahrheit nicht durch eine - im Gesetz nicht geforderte - Bindung der Weg verbaut werden dürfe.

---

104) ZPR, § 119 V 2b a.E.
105) Dies entspreche dem Prinzip des § 717 Abs. II,III ZPO. - Ähnlich wie Blomeyer der Sache nach Stein-Jonas-Pohle, aaO.
106) RGZ 58,242.
107) Baumbach-Lauterbach, § 945 Anm.3 A.
108) Studien, S.107.

Schließlich folgt der von der Rechtsprechung behauptete "Rechtssatz, daß § 945 ZPO der aufhebenden Entscheidung eine eigenartige Wirkung im Sinne einer rechtskraftartigen Bindung" beilege (109), auch nicht aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 945:

Für die Beurteilung des früheren Rechts müssen zwei Aspekte säuberlich auseinandergehalten werden: (1) Grundlage und Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs, (2) Rechtfertigungsverfahren über die vorläufige Maßnahme.
Am Ende des Gemeinen Rechts (vor Einfügung des § 945 (110) in die ZPO im Zuge der BGB-Gesetzgebung 1900) gewährte die ganz herrschende Meinung und Rechtsprechung einen (nach materiellem Recht zu begründenden) Schadensersatzanspruch bei Aufhebung des Arrestvollzugs nach den allgemeinen Grundsätzen nur bei Verschulden (111). Schon damit war gewährleistet, daß sich die Schadensersatzpflicht nicht formal allein an die Tatsache der Arrestaufhebung anschloß, sondern eine sachliche Prüfung der "Unrechtmäßigkeit im subjektiven Sinne" erforderlich war (112). Ein solcher Vorwurf konnte aber praktisch nicht in Betracht kommen, wenn Anspruch und Gefahr tatsächlich bestanden, denn in dem Mißlingen der Glaubhaftmachung konnte kein "unsorgfältiges Unterrichten" des Richters über das Vorhandensein und die Richtigkeit der das Arrestgesuch begründenden Tatsachen gesehen werden (113). Der erste Entwurf für die vorgesehene Bestimmung in der ZPO - § 813 a - wollte gegenüber dieser Rechtslage nur insofern eine Änderung bringen, als er den Schadensersatz ohne weiteres an die Aufhebung wegen Fristversäumung - jetzt § 926 - bzw. wegen Abweisung der Hauptklage knüpfte. - Die Meinung, daß der auf § 945 gestützte Schadensersatzanspruch kein Verschulden voraussetzt, hat sich dann - nach der Kodifikation - im Zuge einer (schon in den Materialien der Novelle angelegten (114)) vordergründigen Gleichsetzung des Falles des heutigen § 717 Absatz 2 mit dem des § 945 ZPO entwickelt, wobei vernachlässigt wurde, daß es sich bei der "Aufhebung" im Rahmen des § 717 ZPO um eine solche nach vollem materiellem Erkenntnisverfahren handelt, während diejenige nach Widerspruch oder Berufung im Arrestverfahren immer noch die Unsicherheit des Summariums birgt.

Allerdings ging man auch damals schon davon aus, daß die Entscheidung im Widerspruchs-(Berufungs-)Verfahren die "objektive Rechtmäßigkeit" bzw. Rechtswidrigkeit (115) bindend dargetan habe. Dieser Meinung liegt in gewisser Hinsicht ein dogmengeschichtliches Mißverständnis zugrunde: Die Rechtfertigung der Arrestanordnung durch eine weitere summarisch prüfende Instanz war

---

109) RGZ 59,359.
110) Als § 822 a ZPO (E) durch die Novelle vom 17.5.1898.
111) Vgl. RGZ 26 (1890),204 m.Nachw.; Gaupp, ZPO (2.A. 1892), § 801 Anm.II 3.
112) RGZ 16,323. 113) RGZ 26,204.
114) Vgl. Begründung zur ZPO-Novelle (§ 822 a = § 945 ZPO), S.192 (= Hahn-Mugdan, S.173); Protokolle für die 2. Lesung des BGB, Bd.2 S.671 ff.,678;724 f.
115) Vgl. RGZ 16,323; 26,204; Gaupp, aaO.

ursprünglich dem Arrestverfahren unbekannt; es schloß sich vielmehr an das "Summarium" obligatorisch eine Verhandlung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes an, die summarische Maßregel mußte nach strengem Recht justifiziert werden (116). Im Ordinarium focht der Schuldner den summarischen Spruch an, um das ihm Entzogene zurückzufordern und für alle durch die Beschränkung seiner Verteidigungsmittel erlittenen Vermögensnachteile Genugtuung zu verlangen (117). Wenn vor diesem Hintergrund die Ersatzpflicht ohne weiteres an das Mißlingen der Justifikation geknüpft wurde (118), weil die "Unrechtmäßigkeit erwiesen" sei, so liegt dies offenbar auf einer anderen Ebene als ein entsprechender Mißerfolg innerhalb des beschränkten Verfügungsverfahrens. Einer solchen Entscheidung kann nicht dieselbe Bedeutung zukommen, da sie nicht endgültig zu der Übereinstimmung mit dem "strengen Recht" führen kann.

Es zeigt sich sonach, daß es keine überzeugenden Gründe für die heute noch vielfach behauptete Beschränkung der vollen materiellen, sachlichen Prüfungsbefugnis des Schadensersatzgerichts durch rechtskräftige Entscheidungen im Verfügungsverfahren gibt. Damit ist auch gleichzeitig der Ausgangspunkt bestätigt, wonach es sich bei der Sicherung der Rechtsverwirklichung im einstweiligen Verfahren nicht um eine vom materiellen Recht emanzipierte Form des Güterschutzes mit eigenen Risiken und Chancen handelt, sondern um eine solche, die letztlich nur in strenger Übereinstimmung mit den entsprechenden Bedingungen des materiellen Rechts in Anspruch genommen werden kann.

(d) Die Meinung, die den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO bereits "mit einer aufhebenden Entscheidung im Verfügungsverfahren als unentziehbar entstanden" betrachtet (119), sieht sich im übrigen selbst genötigt, auf das materielle Recht zu rekurrieren und zwar im Rahmen der Schadensberechnung: So könne, obwohl der Schadensersatzanspruch dem Grund nach bestehe, von einem "ersetzbaren Schaden" nicht gesprochen werden, wenn der Gegner ohnehin nach materiellem Recht zu der verfügten Maßnahme verpflichtet gewesen wäre (120). - Damit ist aber offenbar sachlich nichts

---

116) Vgl. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859), S.359,364 ff.
117) Vgl. bei Wurzer, aaO (N.82), S.582.
118) Briegleb, aaO, S.365.
119) So ausdrücklich: RG JW 37,2273.
120) BGHZ 15,356 (Unterlassungsanspruch).

anderes angesprochen, als die vom materiellen Recht beantwortete Frage, was der Gläubiger angesichts einer tatsächlich vorliegenden Gefährdung seiner Rechte vom Schuldner verlangen und ggf. erzwingen konnte.

Kaum mehr nachvollziehbar ist die Meinung des Reichsgerichts (121), wonach der - aufgrund der formalen Interpretation des § 945 ZPO begründete - Schadensersatzanspruch ggf. wegen Mitverschuldens des Schuldners (z.B. durch fahrlässiges Hervorrufen des Eindrucks einer Gefährdung) reduziert werden könne: Es soll also zunächst davon ausgegangen werden, daß die Anordnung - infolge ihrer Aufhebung im Verfügungsverfahren - ungerechtfertigt war, dann aber doch geprüft werden, ob der Schuldner ggf. den Eindruck einer Gefahr vorwerfbar hervorgerufen habe (das Reichsgericht erwägt hier eine exceptio doli gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO!).

Die hier postulierte Interpretation des § 945 ZPO aus einer materiellrechtlich verstandenen Sicherungsberechtigung des Gläubigers heraus steht i.ü. auch in Übereinstimmung mit der Regelung des umgekehrten Falles, daß es dem Gläubiger - trotz Vorliegens von Anspruch und Gefahr - nicht gelingt, dies glaubhaft zu machen und sein Verfügungsantrag von vornherein (kostenfällig) abgewiesen wird: Hier bleibt ihm der materielle Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner (wegen positiver Vertragsverletzung oder wegen Verzuges), wenn aus der unterbliebenen Sicherungsmaßnahme ein besonderer Schaden entstanden ist (122).

Zusammenfassung. Die Erörterung der Voraussetzungen und Inhalte der Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes hat gezeigt, daß es sich hier sachlich um eine Rechtsschutzsanktion gegenüber dem Schuldner während des Erfüllungszeitraums handelt, die sich ganz in das materielle System der Leistungsstörungen und ihrer Rechtsfolgen einfügen läßt: An den Tatbestand der Interessengefährdung knüpft die Berechtigung des Gläubigers, den Schuldner in den Rahmen seiner Pflichtbindung zurückzuweisen. Hierfür stellt ihm die Rechtsordnung ein beschleunigtes Verfahren zur Verfügung; ob der Zwangseingriff in Übereinstimmung mit der sachlichen materiellen Rechts-

---

121) RGZ 143,118

122) Problematisch ist hierbei, ob er die Kosten des erfolglosen Verfügungsverfahrens liquidieren kann; verneinend BGH JZ 66,528, bejahend Baur in der Anm. ebenda.

lage stand, hat der Gläubiger nachträglich zu beweisen und zu verantworten (123). Das Institut des - prozessual in einem summarischen Verfahren ausgestalteten - vorbeugenden Rechtsschutzes bei relativen Rechten, insbesondere auch schon vor Fälligkeit, belegt das grundsätzliche Konzept, daß dem Gläubiger die Berechtigung und die prozessualen Möglichkeiten zur Verfügung stehen sollen, den Schuldner rechtzeitig und wirksam auf den Weg der Primärerfüllung zu zwingen; es gibt keine prinzipielle Schranke, infolge derer der Gläubiger auf den sekundären Rechtszwang der Schadensersatzebene zu verweisen wäre.

---

123) Vgl. auch Baur, Studien, S.110, der betont, daß "von einer ungerechtfertigten Duldungspflicht und einer daher auszugleichenden, weil zu Unrecht aufgeopferten, Vermögenseinbuße, nur insoweit (gesprochen werden kann), als eine Divergenz zwischen einstweiliger Anordnung und materieller Rechtslage besteht".

7. Kapitel: Die präventive Sanktion (C) - Klagen im Erfüllungszeitraum. - Vorbeugender Rechtszwang im Erkenntnisverfahren.

I. Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO).

Bei betagten und bedingten Ansprüchen kann der Gläubiger schon vor dem Fälligkeitszeitpunkt auf die künftige Leistung klagen, wenn die Besorgnis besteht, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Der Zweck dieser Klage ist es sonach, dem Gläubiger die Möglichkeit zu verschaffen, sofort im Fälligkeitszeitpunkt mit der Zwangsvollstreckung beginnen zu können (vgl.§§ 726 Abs. 1, 751 Abs. 1 ZPO) (1); der Titel setzt ihn aber nicht in die Lage, schon vor diesem Zeitpunkt - falls die Erfüllung bzw. Zwangsvollstreckung einen größeren und langwierigen Aufwand erfordert - auf den Schuldner einzuwirken (2) und die (End-)Erfüllung für den Fälligkeitszeitpunkt sicherzustellen. Sofern der Kläger auf eine pünktliche Erfüllung angewiesen ist - oder wenn der Schuldner ersichtlich (unter Inkaufnahme der Schadensersatzhaftung) die Primärerfüllung bis zum Fälligkeitszeitpunkt vereiteln will, sind die Rechtsschutzinteressen des Gläubigers durch diese Klagemöglichkeit offenbar nicht hinreichend zu befriedigen.

Aus dieser Charakterisierung der Klage aus § 259 ZPO lassen sich zwei Einsichten gewinnen:

(1) Die "Besorgnis", von der § 259 ZPO die Klagemöglichkeit abhängig macht, kann nur dahin gehen, daß der Schuldner "nicht rechtzeitig", d.h. bei Fälligkeit nicht freiwillig leisten werde, insbesondere weil er den Anspruch (ernstlich) (3) bestreitet (4). Es muß demnach die Möglichkeit bestehen, daß das Gläubigerinteresse überhaupt durch eine im Fälligkeitszeitpunkt einsetzende

---

1) RGZ 132,338,340/1.
2) Die mittelbare, psychologische Wirkung der Verurteilung und der in Aussicht gestellten Zwangsvollstreckung wird allerdings i.d.R. nicht gering zu veranschlagen sein.
3) Wenn auch "gutgläubig", vgl. RGZ, aaO, gegen Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts (1903) I, S.372 f.
4) BGHZ 5,342,344; RGZ, aaO.

Zwangsvollstreckung noch zureichend befriedigt werden kann. Daraus folgt, daß die Besorgnis, der Schuldner werde nicht leisten können (sei es, weil die Unmöglichkeit schon jetzt besteht, sei es, weil er sich bis zum Fälligkeitszeitpunkt sowohl die freiwillige Erfüllung wie eine zwangsweise Realisierung des Primärinteresses - also eine erfolgversprechende Zwangsvollstreckung - unmöglich zu machen droht) eine Klage gemäß § 259 ZPO nicht rechtfertigt (5); sofern in diesen Fällen durch einen sofortigen sichernden Zugriff dieser ungünstigen Entwicklung noch in die Arme gefallen werden kann, verweist die Literatur den Gläubiger hier auf einen (ggf. zusätzlichen) Arrest (6). Ein Titel gemäß § 259 ZPO könnte diesen Zweck nicht erfüllen und ist deshalb schon gar nicht zulässig, es fehlt die spezifische "Besorgnis" im Sinne des § 259 ZPO.

(2) Es ist seit jeher streitig, ob sich die Zulässigkeit von Unterlassungsklagen - bei vertraglichen oder gesetzlichen Unterlassungsansprüchen - nach § 259 ZPO bestimmt. Eine wohl überwiegend vertretene Meinung (7) hält die Unterlassungsklage, weil auf eine künftige Erfüllung des Anspruchs gerichtet, stets für eine solche auf "künftige Leistung" im Sinne des § 259 (8); "daher" sei die Klage davon abhängig, daß die Gefahr künftiger Zuwiderhandlungen zu besorgen sei (9). Diese Betrachtung der Unterlassungsklage ist aber nicht zutreffend (10): Von "Rechtzeitigkeit" und "künftiger Fälligkeit" im oben gemeinten Sinn kann bei Unterlassungsansprüchen

---

5) Vgl. RGZ 90,180 (künftige Zahlungsunfähigkeit); OLG Hamburg, SeuffA 71,197 (Besorgnis, der Schuldner werde nicht leisten können); RGZ 168,321.
6) Vgl. z.B. Blomeyer, ZPR, § 35 II 2b (N.5 u. 6).
7) Vgl. die Nachweise bei Zeuner, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, Festschrift für Dölle (1963) I, S.295,310 N.45; ausführlich Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900), S.388 ff.
8) So auch der BGH zunächst ausdrücklich für vertragliche Unterlassungsansprüche (LM Nr.2 zu § 241 BGB). In späteren Entscheidungen (LM Nr.10 zu § 241 BGB; NJW 65,689) bleibt offen, ob eine solche Klage stets nur unter den Voraussetzungen des § 259 zulässig sei.
9) BGH LM Nr.2 zu § 241 BGB.
10) Vgl. Zeuner, aaO; Rosenberg, § 85 II 1c; Stein-Jonas-Pohle, Vorb. IV 2a vor § 253 ZPO.

so nicht die Rede sein (11). Es geht nicht nur um die Feststellung "künftig fällig werdender Verbotslagen", sondern um die Feststellung des gegenwärtigen Verbotenseins, auch wenn das Urteil das Verhalten des Beklagten erst in einem späteren Zeitpunkt bestimmen kann (12). Das Ziel der (ihrer Natur nach immer "vorbeugenden" (13)) Unterlassungsklage ist es nicht, durch eine künftige, in einem späteren Fälligkeitszeitpunkt einsetzende Zwangsvollstreckung das Gläubigerinteresse zu realisieren, sondern durch die sofortige Wirkung des Leistungsurteils (14) der drohenden Vereitelung des Erfüllungsinteresses des Gläubigers entgegenzutreten.

Es ist zwar richtig, daß für die Zulässigkeit der (vorbeugenden) Unterlassungsklage - und zwar sowohl bei vertraglichen wie bei gesetzlichen Unterlassungsansprüchen - die "Gefahr künftiger Zuwiderhandlung" bestehen muß. Es ist dies aber eine für die Unterlassungsklage eigenartige Form des Rechtsschutzbedürfnisses (bzw. eine sachlich rechtliche Voraussetzung für die Entstehung der rechtsschutzwürdigen Pflichtlage) (15), die sich nicht mit der des § 259 ZPO deckt, sondern aus den positiven Normierungen - z.B. §§ 1004, 12, 862 BGB für außervertragliche, § 550 BGB (16) für vertragliche Unterlassungsansprüche - als Analogiebasis

---

11) Vgl. schon Siber, Rechtszwang, S.114 N.1.
12) Zeuner, aaO, S.311, mit dem Hinweis, daß sich - so gesehen - jedes Leistungsurteil erst in der Zukunft realisiert.
13) Vgl. Baur, JZ 66,381,382 (I a.E.).
14) Die Strafandrohung ist auch hier der Auftakt zu der - ohnehin immer nur indirekt bleibenden - Zwangsvollstreckung; sofern die drohende Zuwiderhandlung zur "Unmöglichkeit" führt, also das Gläubigerinteresse völlig vernichtet, kann auch die Straffestsetzung (mangels Rechtsschutzinteresses) nicht mehr erfolgen. Es bleibt nur Schadensersatz; vgl. Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 3 H.
15) Ebenso Rosenberg, aaO (N.10); zu der Koinzidenz des Rechtsschutzbedürfnisses mit dem Tatbestand der Anspruchsentstehung bei der Unterlassungsklage vgl. Blomeyer, ZPR, § 35 II 2b a.E. (S.173), sowie unten II.
16) § 550 BGB wurde ausdrücklich ("im Interesse der Deutlichkeit des Gesetzes") "in Nachbildung des negatorischen Eigentumsanspruchs" formuliert (Prot. der II. Kommission, Bd.2 S.187/8). Daher erscheint auch hier eine Rechtsfortbildung i.S. des Abstehens vom Erfordernis der bereits eingetretenen Verletzung gerechtfertigt.

folgt (17): Es geht nicht darum, daß sich der Schuldner einer rechtzeitigen, aber durch Zwangsvollstreckung ggf. zwangsweise nachholbaren, Leistung zu entziehen, sondern daß er überhaupt das Gläubigerinteresse unnachholbar zu vereiteln droht (18), was vorbeugend verhindert werden soll. - Die Klage gemäß § 259 ZPO, die keinen echten vorbeugenden Rechtszwang erlaubt, muß sonach von jenen Formen unterschieden werden, die dem Gläubiger ein sofortiges prophylaktisches Einwirken auf den schuldnerischen Dispositionsbereich im Hinblick auf die spätere Erfüllung des Gläubigerinteresses ermöglichen.

E r m a n (19) will der hier sich abzeichnenden "Lücke im prozessualen Schutz von Rechten" dadurch begegnen, daß er in Fällen eines dem Gläubiger drohenden schweren Nachteils bei nicht termingerechter Erfüllung einen vorzeitigen Beginn der Vollstreckung für zulässig hält, indem "dem Erfordernis der Fälligkeit in Sonderfällen seine hemmende Kraft genommen wird". Er sieht dafür zwei Wege: (a) Einmal eine Gesetzesänderung (zu §§ 726, 751 ZPO), die in solchen Fällen die Erteilung der Vollstreckungsklausel und den Vollstreckungsbeginn schon vor Fälligkeit gestattet, sofern "nur der letzte zur Erfüllung führende Vorgang fälligkeitsgebunden bleibt". Hierfür hätte der Gläubiger den drohenden "schweren Nachteil" (ähnlich wie bei § 710 Satz 2 ZPO) darzutun. (b) Ohne Gesetzesänderung könne dieses Ziel schon dadurch erreicht werden, daß in solchen "krassen Fällen" über § 242 BGB eine "Vorverlagerung der Fälligkeit" angenommen werde, wonach der Schuldner die Einleitung der Vollstreckungsmaßnahme schon vor der eigentlichen Fälligkeit zu dulden habe. Dabei ist offenbar sowohl daran gedacht, daß die direkte Zwangsvollstreckung

---

17) Soweit die Rspr. die "vorbeugende Unterlassungsklage" schon gegen die drohende erstmalige Verletzung - entgegen dem Gesetzeswortlaut - gewährte, hat sie es ausdrücklich abgelehnt, diesen Schritt aus § 259 ZPO zu begründen; vgl. grundlegend RGZ 101,335,340.

18) Blomeyer, § 35 II 2b, erörtert die "Besorgnis der Zuwiderhandlung" bei vertraglichen Unterlassungsansprüchen wie bei der sog. "vorbeugenden Unterlassungsklage" zwar im Zusammenhang mit den Fällen des § 259 ZPO; es bleibt aber offen, ob er tatsächlich eine Gleichstellung i.S. einer "Klage auf künftige Leistung" meint. Vgl. demgegenüber bei § 35 I 2.

19) JZ 60,297 f.

aus dem Haupttitel eingeleitet wird (z.B. gemäß § 887 ZPO ein Beschluß auf Vorschußzahlung für die Ersatzvornahme der "Vorbereitungs- bzw. Erfüllungshandlung"; Erlaß eines Strafbeschlusses bei unvertretbaren Vorbereitungshandlungen), als auch, daß "materielle Ansprüche auf Gefährdungsbeseitigung" anerkannt werden (S. 298), die ausnahmsweise zu einem "Titel auf die Erfüllung einer Vorbereitungspflicht" (S. 302) führen können (20). Mit diesem letzten Vorschlag wäre der Schritt zum echten vorbeugenden Rechtszwang bei Forderungsrechten im normalen Erkenntnisverfahren vollzogen. Dies bedarf noch einer Überprüfung anhand der vom Prozeßrecht im allgemeinen normierten Bedingungen für eine vorbeugende Klage und einen vorbeugenden Rechtszwang.

II. Vorbeugende Unterlassungsklage bei drohender Verletzung relativer Rechte?

1. Die sog. "vorbeugende Unterlassungsklage" wird im allgemeinen als ein Institut des außervertraglichen Rechtsschutzes gesehen: Als die - nicht an eine vorgängige Rechtsbeeinträchtigung geknüpfte - Rechtsschutzmöglichkeit gegen eine drohende Verletzung von absoluten Rechten bzw. von Rechtsgütern und Individualinteressen (21). Im vertraglichen Bereich wird die Unterlassungsklage - die hier nicht "vorbeugend" genannt wird (22), obwohl jeder Unterlassungsanspruch und damit jede Unterlassungsklage vorbeugenden Charakter haben - bei sog. Haupt- oder selbständigen Unterlassungsansprüchen anerkannt, wobei für das "Rechtsschutzbedürfnis" eine (weitere oder erstmals) drohende Zuwiderhandlung gefordert wird (23). Damit ist die Frage gestellt, ob auch für den Schutz positiver obligatorischer Rechte eine "vorbeugende Unterlassungsklage" gegen drohende Rechtsbeeinträchtigung, also erfüllungsgefährdende Handlungen möglich ist.

---

20) Z.B. auf Herstellung u. Beschaffung im Falle eines Haupttitels gemäß § 884; oder: Bevollmächtigung eines Dritten zur Vornahme der vom Schuldner zu erwartenden rechtsgeschäftlichen Vorbereitungshandlungen.
21) Vgl. zur Terminologie Baur, JZ 66,381.
22) Wie Baur, aaO, betont.
23) Vgl. oben I (2), sowie z.B. Staudinger-Weber, § 241 RN 41.

Aus der Sicht der allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsklage heißt das, ob der vorbeugende Rechtsschutz mit Grund auf absolute Rechte und gleichgestellte Interessen beschränkt bleiben muß oder ob er nicht auch entsprechend den relativen Rechten zukommen muß. Aus der Perspektive des materiellen Schuldvertragsrechts geht die Frage dahin, ob jene, gerade auf die Vermeidung von erfüllungsgefährdenden Handlungen gerichteten sog. "unselbständigen Unterlassungspflichten" klagbar sein sollen oder nicht.

Die Klagbarkeit der "unselbständigen Unterlassungspflichten" wird ganz überwiegend verneint (24). Dies folgt in der Regel schon begrifflich daraus, daß ihre "Unselbständigkeit" durch ihre fehlende Klagbarkeit definiert wird. Damit ist aber offenbar sachlich wenig gewonnen, weil so die Möglichkeit besteht, jederzeit - falls ein Bedürfnis empfunden wird - die Klagbarkeit dadurch zu erzielen, daß die Pflicht zur "selbständigen" erklärt (25) wird oder - seltsamer - die Klagbarkeit der unselbständigen Unterlassungspflichten als (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbart angenommen wird (26).

Die begriffsjuristische Argumentation aus der Unselbständigkeit jener "Nebenpflichten" und der daraus hergeleiteten Unklagbarkeit, d.h. praktisch die Ablehnung einer vorbeugenden Unterlassungsklage bei positiven Forderungsrechten, ist aber schon deshalb erstaunlich und wenig überzeugend, als sich im Bereich der "echten" vorbeugenden Unterlassungsklage aus solchen Überlegungen keine Bedenken herleiten:

Die im außervertraglichen Bereich herausgearbeiteten "allgemeinen Verhaltenspflichten" zum Schutz absoluter Rechte, aber auch anderer Rechtsgüter und Individualinteressen (die hier allerdings "jedermann" treffen), werden durchweg dahin charakterisiert, daß bei ihnen die Möglichkeit fehle, ihre Erfüllung gerichtlich durchzusetzen; es seien Pflichten, denen auf Seiten des Begünstigten kein - klagbarer - Anspruch gegenüberstehe (27).

---

24) Vgl. z.B. Soergel-Siebert-Knopp, § 242 RN 109; Enneccerus-Lehmann, § 4 II 1; Larenz, LB I, § 2 I; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 2 V 2a; Losert, Die Nebenpflichten im bürgerlichen Recht (Diss. Würzburg 1962), S.11 ff. m.Nachw.

25) Vgl. z.B. Larenz, LB I, § II, S.7: Allgemeine Verhaltenspflicht wird zur Nebenleistungspflicht "erhoben"; Köpcke, Typen der pVV, S.56,114: Verdichtung von Treupflichten zu "Treueleistungspflichten".

26) RGZ 132,62; vgl. auch Larenz, aaO: genaue Kennzeichnung der allgemeinen Verhaltenspflicht erhebt sie zur klagbaren Nebenleistungspflicht.

27) Münzberg, JZ 67,689,692; Zeuner, aaO (N.7), S.306/7; Bruns, aaO (3. Kap. N.34), S.17.

Hieraus wird aber heute nicht mehr die Unzulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage als solcher gefolgert (28), die ja praktisch die Durchsetzung solcher "allgemeiner Rechtspflichten" bedeutet (29). Vielmehr wird umgekehrt eine dogmatische Begründung für deren Zulässigkeit gesucht, obwohl sie angeblich nicht der Durchsetzung eines materiellen Unterlassungsanspruchs diene: Im Schrifttum wird die Lösung teilweise darin gesehen, daß man die vorbeugende Unterlassungsklage als eine besondere Art des prozessualen Rechts- und Güterschutzes, als einen eigenartigen Klagetyp ohne materiellen Anspruch, anspricht (30), wobei diese These allerdings zum Teil beschränkt wird auf den Fall der "quasi negatorischen" vorbeugenden Unterlassungsklage (31). Man glaubt sich zu dieser Erklärung genötigt, um der - vor allem von S i b e r aufgebrachten - Schreckvision der sonst unvermeidlichen Anerkennung einer unbegrenzten Vielzahl von Unterlassungsansprüchen jedes gegen jeden begegnen zu können (32).

Neuerdings wird aber zu Recht immer häufiger darauf hingewiesen (33), daß es hier gar nicht darum geht, einen "Anspruch gegen jedermann" durchzusetzen. Vielmehr entsteht mit der drohenden Rechtsbeeinträchtigung, mit Eintritt der konkreten Gefährdung als eines anspruchsbegründenden Tatbestandes (34), die konkrete nach Person und Inhalt individualisierte Rechtsbeziehung zwischen dem Begünstigten und demjenigen, von dem die rechtswidrige Verletzung droht. Ist dieser gesetzliche Tatbestand (z.B. § 1004 BGB usf.) erfüllt, so entsteht ein materieller Anspruch auf Beseitigung der Gefährdung, d.h. Unterlassung der bedrohlichen Handlungen. Ob insoweit von einer "Entstehung" (35) des Anspruchs oder einer "Umwandlung oder Verdichtung" (36) der an sich bestehenden, aber nicht erzwingbaren "allgemeinen Rechtspflicht" zu einer klagbaren gesprochen werden soll, mag dahinstehen. Jedenfalls erscheint die drohende Gefahr nicht nur als ein bloßes Kriterium des Rechtsschutzbedürfnisses (37), sondern - mindestens zugleich - als Entstehungsgrund für einen entsprechenden materiellen Anspruch (38): Die akute Rechtsgefährdung erlaubt

---

28) Anders noch die - rechtspolitischen - Bedenken bei Siber, aaO (N.11), S.85 ff.
29) So ausdrücklich Zeuner, aaO, S.307.
30) Siber, aaO, S.99 ff.; Rabel, Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen, S.24 ff.; Nikisch, ZPR^2, § 38 IV; v.Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, Juristentagsfestschrift (1960), S.53 ff.
31) Esser, LB (2.A.), § 211,4; (3.A.), S.474; Larenz, LB II (5.A. 1962), § 70 II; unbestimmt neuerdings (9.A.1968), S.481 N.1.
32) Deutlich bei Larenz, aaO.
33) Blomeyer, ZPR, § 35 II 2 a.E. (S.170); Baur, JZ 66,381,383; Münzberg, aaO (N.27); Wolf, JuS 68,77; Henckel, Parteilehre (1961), S.81/2.
34) Baur, aaO. 35) Blomeyer, aaO; Baur, aaO.
36) Münzberg, aaO.
37) And. z.B. Siber, Schuldrecht, S.471, wo die Unterlassungsklage allein auf das Rechtsschutzbedürfnis gestützt wird.
38) Diese Identität von Klagegrund und Rechtsschutzbedürfnis betonen Blomeyer, aaO, und Münzberg, aaO, S.691 N.30.

dem Rechtsinhaber, von demjenigen, von dem die - erstmalige oder wiederholte - Rechtsverletzung droht, die Unterlassung der Beeinträchtigung "zu verlangen" (39) und diesen Anspruch ggf. gerichtlich durchzusetzen. Das aktualisierte "Sicherungsinteresse" konstituiert eine entsprechende Rechtsmacht des Rechtsinhabers, durch Rechtszwang in die gegnerische Sphäre vorbeugend einzugreifen.

Aus der - in abstracto - unbestimmten Fassung des anspruchserzeugenden Tatbestandes ("Besorgnis der erstmaligen oder wiederholten Rechtsverletzung") ergibt sich gleichfalls kein Argument gegen dieses materiellrechtliche Verständnis der außervertraglichen vorbeugenden Unterlassungsklage: Dasselbe Merkmal findet sich auch sonst im materiellen Recht als tatbestandliche Voraussetzung für die Entstehung von (Sicherungs-)Ansprüchen (vgl. §§ 1051, 1067, 1391, 2128 usf. BGB). Im übrigen sei noch auf die - noch lange nicht abgeschlossene - Diskussion der Problematik des "sozialen Kontakts" und seiner rechtskonstituierenden Bedeutung verwiesen (40). Auch von dort her wird immer mehr die dogmatische Bedeutung einer verschiedengestaltigen "Annäherung" der Rechtsgenossen im sozialen Zusammenleben erkannt.

Diese - hier nur in Stichworten rekapitulierten - dogmatischen Einsichten zu der außervertraglichen vorbeugenden Unterlassungsklage können auch für die Rechtsgefährdung im vertraglichen Bereich fruchtbar gemacht werden:

2. Soweit es sich um die Sphäre des in seiner Eigenbedeutung immer mehr erkannten sog. "Schutzverhältnisses" handelt (41), müssen die Grundsätze der vorbeugenden Unterlassungsklage ganz unmittelbare Anwendung auch im Bereich der Sonderverbindung finden: Es handelt sich hier der Struktur nach um nichts anderes als einen in den Vertragsrahmen wegen des damit verbundenen intensiveren Kontakts und Einwirkungsrisikos einbezogenen Rechtsgüterschutz, der sich vom allgemeinen deliktischen bzw. negatorischen Bereich nur durch die vertragsbezogene Konkretisierung der Schutz- und Verhaltensanforderungen und die dadurch motivierte Verantwortlichkeit für "Erfüllungs-" (Esser: "Schutz-") Gehilfen

---

39) Baur, aaO; Zeuner, aaO (N.7), S.307, vertritt eine "Mittelmeinung" dahingehend, daß durch die Unterlassungsklage zwar kein materieller Anspruch, wohl aber eine "materielle Rechtslage" durchgesetzt werde.

40) Vgl. Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStW 103 (1943), S.57 ff., sowie die Bemerkungen und Nachweise bei Eike Schmidt, Nachwort zum Neudruck von Jhering (culpa in contrahendo) und Staub (Die positiven Vertragsverletzungen), S.131 ff.,144 ff.

41) Vgl. neuerdings Canaris, JZ 65,475; Thiele, JZ 67,649; Eike Schmidt, aaO.

gemäß § 278 BGB unterscheidet. Demnach muß hier bei einer drohenden - erstmaligen oder wiederholten - Verletzung des Schutzbereichs des Vertragspartners dieser die "vorbeugende Unterlassungsklage" unter denselben Voraussetzungen wie in jenem außervertraglichen Bereich haben (42).

Beispiele: Der Arbeitnehmer kann ggf. vom Dienstberechtigten die Unterlassung von (z.B. baulichen) Maßnahmen an der Arbeitsstelle verlangen, die eine Gefahr für seine Gesundheit begründen könnten (43). Wegen der Möglichkeit, bis zur Gefahrenbeseitigung seine Leistung zu verweigern, wird dieser Unterlassungsanspruch allerdings kaum praktisch werden. - Der Werkbesteller kann vom Werkunternehmer mit der vorbeugenden Unterlassungsklage die Unterlassung von drohenden schädigenden Einwirkungen auf die - etwa zur Reparatur oder zum Umbau überlassenen - Sachen verlangen usf.

Bereits den Übergang (bzw. eine Identität) von Schutzverhältnis und "Leistungsbeziehung" bilden solche Fälle, in denen die vertragliche Leistung gerade in der Bewahrung, Erhaltung, Bewachung der Rechtsgüter des Gläubigers besteht: Macht etwa der Verwahrer, Einlagerer, Spediteur usf. Anstalten, die übergebene Sache zu beschädigen oder gar zu vernichten bzw. zu beseitigen, so kann der Gläubiger insofern auf Unterlassung klagen. Dies kann als vorbeugender Rechtsschutz in Bezug auf die noch nicht fällige Rückgabeforderung, die der Schuldner zu verletzen droht, erklärt werden. Der Gläubiger ist dann auf diese Form des Rechtsschutzes angewiesen, wenn er nicht gewillt oder in der Lage ist, die Sache schon vorzeitig wieder an sich zu nehmen (Kündigung oder sofortige Rückforderung).

3. Aber auch im Bereich der reinen Leistungsbeziehung kann die Vorstellung der vorbeugenden Unterlassungsklage zum Tragen kommen: Es geht auch hier um den Schutz des subjektiven Rechts der Forderung gegen drohende Verletzung - vor Fälligkeit der Leistung.

(a) Hier wie dort kann die Rede von der Unklagbarkeit der

---

42) Dies klingt auch schon bei Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 241 Anm. 2c a.E. an, allerdings mit wenig praktikablem Beispiel (Unterlassungsklage gegen die Anlieferung kranker Tiere).

43) H.M. i.R.d. § 618 BGB; vgl. z.B. Palandt-Gramm, § 618 Anm.3.

allgemeinen, unselbständigen Verhaltens- bzw. Nebenpflichten keine wirkliche, sachliche und endgültige Aussage zu der aufgeworfenen Frage bieten. Es handelt sich insofern um eine rein begriffliche Zirkelargumentation.

(b) Das Sachkriterium, an das das Bedürfnis und die Legitimation vorbeugenden Rechtsschutzes knüpft, ist vielmehr - hier wie dort - der Tatbestand der drohenden Verletzung des Rechts. Dieser ist identisch mit den im vorigen Abschnitt erörterten Voraussetzungen für den sichernden Zwangseingriff im - zunächst summarischen, durch ein nachgeholtes Erkenntnisverfahren ergänztes - Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Was der Gläubiger aber unter diesen Umständen im vereinfachten Eilverfahren mit nachträglicher Rechtfertigung durchsetzen kann, muß er - sofern dies zeitlich und praktisch noch möglich ist - auch in einem sofort eingeleiteten Erkenntnisverfahren erreichen können. Es gibt schlechterdings keinen Grund, ihn - wenn er erschöpfende Beweismittel zur Hand hat - auf ein vorläufiges Verfahren der bloßen Glaubhaftmachung zu verweisen, das den Schuldner, der seine Einwendungen gleichfalls nur glaubhaft zu machen hat, u.U. sogar günstiger stellen würde.

Die "Austauschbarkeit" des summarischen Eilverfahrens und des vollen Erkenntnisverfahrens ist im außervertraglichen Bereich gang und gäbe, allerdings in der Richtung, daß statt der vorbeugenden Unterlassungsklage immer häufiger das billigere und unkompliziertere Eilverfahren zur endgültigen Austragung des Konflikts gewählt wird (44). Auch im vertraglichen Bereich wird das praktische Bedürfnis regelmäßig das Eilverfahren bedingen. In besonderen Fällen muß aber das Normalverfahren für den vorbeugenden Rechtsschutz zur Verfügung stehen, dann nämlich, wenn ein erst im Erfüllungszeitpunkt einsetzender Rechtszwang die Interessen des Gläubigers zu wenig berücksichtigen würde, andererseits bis dahin aber noch ausreichende Zeit für die Durchführung eines auf vorbeugenden Rechtszwang gerichteten Normalverfahrens bleibt. Dann fehlt es insofern am spezifischen Rechtsschutzinteresse für das summarische Verfahren (45).

---

44) Vgl. die Hinweise bei Baur, BB 64,S.607.

45) § 917 ZPO: Erforderlichkeit einer Maßnahme im Eilverfahren. - Vgl. i.ü. die Beispiele bei Erman, JZ 60,297,301; Eltzbacher, Die Unterlassungsklage (1906), S.263. (Die von ihm gesehenen Unterschiede zwischen Unterlassungsklage und einstweiliger Verfügung sind durch die Rechtsentwicklung z.T. überholt.) Siber, Rechtszwang, S.113, betont zwar auch die Parallele zwischen vorbeugender Unterlassungsklage und einstweiliger Verfügung, folgert daraus aber - in umgekehrter Richtung -, daß die Unterlassungsklage quasi "einstweilige Verfügung in Urteilsform" sei. Vgl. i.ü. hierzu Zeuner, aaO (N.7), S.303 ff.

(c) Die Notwendigkeit und dogmatische Folgerichtigkeit der Zulassung einer vorbeugenden Unterlassungsklage zum Schutz positiver Forderungsrechte ist in der Literatur auch schon öfters erkannt und ausgesprochen worden:

Schon H e l l w i g (46) bemerkte, daß die Unterlassungsklage bei allen obligatorischen Rechten am Platz ist, wenn eine - auch schon erstmalige - Zuwiderhandlung des Schuldners gegen das Vertragsinteresse droht: So könne der Käufer, dem das Haus zu einem späteren Zeitpunkt aufzulassen sei, auf Unterlassung klagen, wenn der Verkäufer sich anschickt, das Haus vertragswidrig zu gebrauchen oder zu belasten (47). (Entsprechendes gelte für Vermächtnisnehmer und Nacherben gegenüber dem Erben und überhaupt für alle aufschiebend Berechtigten (48).) - Ebenso hielt E l t z b a c h e r (49) die Unterlassungsklage generell zum Schutz von Forderungsrechten für zulässig, wenn der Verpflichtete Handlungen vornehmen will, durch die er sich die Leistung unmöglich mache. Da er diese allgemeine Unterlassungsklage aus einer Analogie zu den gesetzlichen Fällen gewinnt (z.B. § 550 BGB) (50), fordert er allerdings bei Forderungsrechten eine vorgängige Verletzung und Abmahnung; so könne z.B. der Käufer einer Bibliothek gegen den Verkäufer, der fortgesetzt Bücher daraus an Dritte verkaufe, auf Unterlassung weiterer derartiger Handlungen klagen. - O e r t m a n n (51) wandte sich gegen die angebliche Unklagbarkeit der sekundären Unterlassungspflichten; die bloße Erfüllungsklage wegen der Hauptpflicht decke keineswegs immer das berechtigte Interesse des Gläubigers, so wenn der Angestellte die Freizeit statt zur Erholung zu anderweitiger gleichartiger Tätigkeit benutze und infolgedessen die Spannkraft zur guten Ausführung der vertraglichen Leistung gefährde.

Auch neuerdings finden sich beachtliche Stimmen in dieser Richtung: W e b e r (52) hält generell einen klagbaren Anspruch auf Unterlassung erfüllungsgefährdender Handlungen ("also auch auf unselbständige Unterlassungspflichten") für gegeben; insbesondere sei die vorbeugende Unterlassungsklage dann zuzulassen, wenn der Verpflichtete Handlungen unternimmt, deren Fortsetzung mit aller Bestimmtheit zur Unmöglichkeit einer Leistung oder zur Schlechterbringung (einer für den wirtschaftlichen Bestand des Gläubigers

---

46) AaO (N.7), S.388 ff.,396.
47) Beachtlich sein Hinweis S.396 N.41, daß während der Zwischenzeit auch eine entspr. einstweilige Verfügung möglich sei und die "Hauptsache" insofern gerade der Unterlassungsanspruch sei.
48) Hellwig begründet seinen Standpunkt allerdings aus § 259 ZPO (S.389 ff., 393). Vgl. dazu oben I (2).
49) AaO (N.45), S.145 ff.
50) AaO, S.90 ff. Im selben Sinn offenbar noch Larenz, LB I, § 2 I, S.8 oben: "Rechtsschutz ist dadurch möglich, daß dann, wenn eine Verhaltenspflicht durch ein bestimmtes Tun verletzt worden ist, auf Unterlassung einer zu besorgenden Wiederholung dieses Tuns geklagt werden kann."
51) AaO (N.42).
52) Bei Staudinger, § 241 RN 72 ff.

wichtigen Leistung) führen muß (53). - D a n c k e l m a n n (54) bejaht grundsätzlich die selbständige Klagbarkeit hinsichtlich der in der positiven Leistungspflicht enthaltenen Pflicht, alles mit der Leistung nicht Vereinbare zu unterlassen. - N a t e l s k i (55) bemerkt, die angebliche generelle Unklagbarkeit der unselbständigen Unterlassungspflichten sei "mit den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung unvereinbar". Klagbarkeit sei "immer dann anzunehmen, wenn ein schutzwürdiges besonderes Interesse des Gläubigers die Gewährung der selbständigen Unterlassungsklage geboten erscheinen läßt" (56).

(d) Mit dieser zuletzt angeführten Formulierung wird offenbar der Anschluß vollzogen zu jener Meinung, die dieses Ergebnis vom materiellen Recht her dadurch gewinnt, daß sie die "sonstigen Verhaltenspflichten" als in bestimmten Situationen oder bei entsprechendem Interesse zu "Nebenleistungspflichten (Treueleistungspflichten) verdichtet" erklärt (57), die dann auch selbständig eingeklagt werden könnten. Gemeint ist ersichtlich - aus verschiedenen Blickwinkeln - jeweils dasselbe: "Unter gewissen Umständen" hat der Gläubiger ein legitimes Interesse, in die Sphäre des schuldnerischen (Erfüllungs-)Verhaltens vorbeugend einzuwirken, um die künftige Erfüllung seines Vertragsinteresses sicherzustellen. Die Sachfrage muß immer dahin gehen, welcher Art dieses schutzwürdige Gläubigerinteresse sein muß, was die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der selbständigen Unterlassungsklage sein sollen.

Um sich nicht - wie dies meist geschieht - mit der leeren Behauptung des "schutzwürdigen Interesses" begnügen zu müssen, bleibt nur die für den vorbeugenden Rechtsschutz generell anerkannte

---

53) Vgl. das Beispiel RN 74, aaO: Klage der Brauerei gegen den vertraglich gebundenen Wirt auf Unterlassung anderweitigen Bierbezugs.
54) Bei Palandt, § 241 Anm.4.
55) In RGRK, § 241 Anm.9.
56) Esser sprach zunächst (LB, 1.A., S.41) die "sekundäre" vorbeugende Unterlassungsklage bei drohender Vereitelung des Schuldzwecks wohl generell zu (allerdings bezogen auf Dauerschuldverhältnisse); später (LB, 2.A., S.94) bemerkt er, "für den Regelfall" sei die Drohung mit der Vertragsauflösung der gebotene Weg und ausreichende Rechtsbehelf zur Erzwingung vertragsmäßigen Verhaltens.
57) Vgl. oben bei N.25; vgl. weiter Esser, LB (3.A.) I, S.25: "Von Nebenleistungspflichten kann dann gesprochen werden, wenn das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung dieser Pflicht dem an der Erfüllung einer sog. Hauptpflicht gleich zu werten ist."

Formel, daß eine Verletzung der Interessen des Gläubigers droht, derart, daß der Gläubiger - nach der individuellen Anlage der Schuldverpflichtung - der sich anbahnenden gefährlichen Entwicklung nicht tatenlos zuzusehen braucht, ihm der Verzicht auf vorbeugenden Rechtsschutz nicht zumutbar ist. Es handelt sich mithin um das spezifische Sicherungsinteresse des Gläubigers angesichts einer schuldinadäquaten Gefährdung seines Leistungsinteresses aus der Sphäre des Schuldners. Damit ist eine zwar generelle, abstrakte, aber in der Zwecktendenz klare Bestimmung für das "schutzwürdige Interesse" und damit für den klagweisen Rechtszwang im Erfüllungszeitraum gegeben. Ob man dies noch durch eine jeweilige "Vertragsauslegung" (58), die eine entsprechende Nebenleistungspflicht zutage fördert, stützen zu müssen glaubt, kann dahinstehen. Der Sache nach aktualisiert die konkrete Rechtsgefährdung auch im vertraglichen Bereich - wie im außervertraglichen Rechtsschutz - eine materielle Berechtigung des Gläubigers, eine Beseitigung der Gefährdung, also sichernde Maßnahmen verlangen und erzwingen zu können.

Damit besteht hier ebensowenig wie im außervertraglichen Bereich die Notwendigkeit, die Unterlassungsklage, soweit sie eingreift, eine vom materiellen Recht unabhängige Form des prozessualen Rechtsgüter-(hier: Forderungs-)Schutzes zu nennen (59). Es geht vielmehr um die Durchsetzung eines in der (vertraglichen) Sonderbeziehung angelegten und begründeten Interesses des Gläubigers, dem der Schuldner zu genügen hat. "Was mit der Unterlassungsklage geltend gemacht wird, ist - auch hier - auf jeden Fall materielles Recht" (60); und es ist sinnvoll, auch hier den Anspruchsbegriff (der Sache nach: ein Sicherungsanspruch) als "technisches Mittel der Rechtsanwendung" zu gebrauchen (61).

Sonach kann festgestellt werden, daß der Gläubiger im selben Maß und unter denselben sachlichen Voraussetzungen, die ihm eine einstweilige Verfügung eröffnen würden, auch durch Klage die Verurteilung des Schuldners zur Unterlassung bestimmter, eine Rechtsverletzung implizierender Handlungen erreichen kann, und daß dieses Begehren einer entsprechenden materiellen Berechtigungslage

---

58) Köpcke, aaO (N.25); Esser, aaO.
59) A.A. Siber, Rechtszwang, S.71 (jedenfalls soweit eine Konkurrenz mit einem außervertraglichen Unterlassungsanspruch besteht).
60) Zeuner, aaO (N.7), S.308.
61) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand (1961), S.82 f., 85 f.

entspricht; es gibt keine stichhaltigen dogmatischen Gründe, die dieser Konsequenz entgegenstehen.

III. Klage auf Vornahme positiver sichernder Maßnahmen?

Es bleibt die Frage, ob der Gläubiger, wenn die Gefährdung der Erfüllung in einer "pflichtwidrigen" Untätigkeit des Schuldners begründet ist, auf Vornahme von erforderlichen Handlungen und Maßnahmen zur Beseitigung der Gefährdung klagen kann. Die dogmatischen Bedingungen entsprechen den zu der Gefährdung durch aktives Zuwiderhandeln, also zur vorbeugenden Unterlassungsklage, erörterten (62).

1. Auch hier bietet sich einmal das Verfahren an, durch "Auslegung" des Vertrages oder der Verbindlichkeit einen entsprechenden "selbständigen Nebenanspruch" (eine Nebenleistungspflicht) zu begründen, womit das Dogma von der Unklagbarkeit der unselbständigen Vorbereitungspflichten überspielt werden könnte.

Anschaulich in diesem Sinne der schon erwähnte, vom BGH entschiedene Fall einer Verpflichtung zur Übertragung von GmbH-Anteilen (63). Da der Schuldner gewillt war, die geschuldete spätere Abtretung der Anteile dadurch zu verhindern, daß er die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Genehmigung der Gesellschafterversammlung aufgrund seiner dortigen Mehrheit vereiteln wollte, kam das Gericht ohne viel Umstände (64) zu dem Schluß, daß die Abtretungsverpflichtung die - stillschweigende - Nebenverpflichtung des Schuldners enthalte, diese Genehmigung durch eine entsprechende Stimmabgabe herbeizuführen und daß der Gläubiger dies selbständig

---

62) Schon Ehzbacher, aaO (N.44), S.265 ff., hat auf die Notwendigkeit und innere Konsequenz der Anerkennung einer allgemeinen "vorbeugenden Klage" zum Schutz aller Ansprüche gegen die drohende Vereitelung hingewiesen. Was die einstweilige Verfügung vorläufig, müsse eine entsprechende Klage auch endgültig gewähren können.

63) BGHZ 48,163 = JZ 68,24.

64) Auch Peters, ebd., der in der Anmerkung zu dieser Entscheidung von der "jedem Vertrag immanenten Sekundärpflicht, alles zu tun, um das Vertragsziel auf dem vereinbarten Weg zu erreichen", spricht, verliert kein Wort zur Begründung der Klagbarkeit dieser sonst meist als typisch unklagbar gekennzeichneten Pflicht.

einklagen und vollstrecken (65) könne. - Es liegt auf der Hand, daß der Gläubiger auch hier - wie allgemein beim "Vorbereitungsverhalten" des Schuldners - kein unmittelbares, direktes Interesse an dieser Handlung als solcher hat, daß aber die drohende Rechtsvereitelung das Bedürfnis und die Legitimation für den vorbeugenden Zwangseingriff in die Sphäre des Schuldners liefert (66).

In ähnlicher Weise wird auf dem Bausektor mit der "Nebenverpflichtung" des Schuldners gearbeitet, rechtzeitig mit der Ausführung der Arbeit (Werkleistung) zu beginnen, so daß auch hier die Handhabe gegeben ist, durch Klage in den Dispositionsbereich des Schuldners einzuwirken, wenn dieser eine termingerechte Fertigstellung durch Verzögerung der Bauausführungen in Frage zu stellen droht (67).

Ebenso dürften ggf. der "Konstruktion" einer klagbaren Nebenpflicht auf Beschaffung wichtiger Materialien oder Einzelteile durch den Schuldner keine grundsätzlichen Schwierigkeiten im Wege stehen (68), oder einer Pflicht, eine nach Vertragsschluß eingeführte Sondergenehmigung für den Absatz der Vertragsware (z.B. Heeresbedarf) einzuholen (69).

Schließlich wird sich bei einem entsprechenden "Bedürfnis" auch eine Nebenpflicht des Schuldners auf Leistung einer Sicherheit finden lassen, so insbesondere wenn der - oben entwickelten - Auslegung des § 321 BGB gefolgt wird, die dem Vorleistungspflichtigen bei Vermögensverschlechterung des Schuldners einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gewährt (70). Auf dieser Linie liegt auch die Auffassung, die dem Gläubiger eines vormerkbaren Anspruchs ohne weiteres - d.h. ohne besondere Sicherungsabrede - einen (Neben-)Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung gibt (71).

---

65) Das Schwergewicht der Entscheidung liegt in dieser, vom Senat befürworteten, Vollstreckung des Leistungsurteils nach § 894 ZPO.

66) Vgl. BGH, aaO: "Das Verhalten des Bekl. vor Klageerhebung gibt beredtes Beispiel dafür, daß nicht abgewartet zu werden braucht, bis eine Gesellschafterversammlung stattgefunden hat ... und daß auch nicht bloß Klage auf künftige Leistung in Betracht kommt."

67) Vgl. VOB Teil B § 5 Ziff.2-4; RGZ 68,192 (Annahme einer selbständigen Verpflichtung, schneller zu arbeiten). Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung (1969), S.158, will ganz generell bei "berechtigtem Interesse" eine Klage auf rechtzeitigen Leistungsbeginn zulassen.

68) Vgl. Ingenstau-Korbion, Komm.z.VOB, Teil B § 5 RN 18; vgl. weiter die allgemein anerkannte "durchsetzbare Nebenpflicht", eine für die Durchführung des Vertrages erforderliche Genehmigung zu beschaffen: Der Schuldner wird u.U. zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen verurteilt.

69) Vgl. RGZ 98,260; der Gläubiger ist auch hier nicht auf die Liquidation des Schadensersatzes angewiesen.

70) Vgl. oben 4. Kap. bei N.59 ff.; 5. Kap. bei N.5.

71) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 48 N.14; a.A. Westermann, Sachenrecht, § 84 II 2 a.E.

2. Daneben steht auch hier der Gedanke, daß dem Gläubiger gestattet sein muß, im normalen Erkenntnisverfahren zu erstreben, was ihm über das bloß summarische Eilverfahren - mit seinem auch für ihn erhöhten Risiko - gewährt wird. Hinsichtlich der Voraussetzungen ist damit wiederum auf das generelle Kriterium des vorbeugenden Rechtsschutzes, die akute Rechtsgefährdung, die sich auch hier an den speziellen Bedingungen der Verbindlichkeit zu orientieren hat (72), verwiesen. - Der Inhalt der erstrebten "Maßnahme" ist das sich nach den Umständen als das "Erforderliche" - wiederum im Rahmen des konkreten Vertrages - Darstellende (73): Läßt der Schuldner den begründeten Eindruck entstehen, daß er es zu einer Forderungsverletzung kommen lassen werde, daß er den Rahmen seiner autonomen Pflichtbindung verlassen werde, so setzt er sich einem Rechtszwang, der ihn in diesen Rahmen zurücknötigt, aus, wobei er in Kauf zu nehmen hat, daß er zu Maßnahmen gezwungen wird, die "normalerweise" als geboten erscheinen, auch wenn er noch andere Möglichkeiten der Gewährleistung der Enderfüllung gesehen oder gehabt hätte.

Damit erweisen sich diese beiden Wege - eine ad hoc-Auslegung des Vertrages sowie die prinzipielle These über die Berechtigung vorbeugenden Rechtszwangs bei Interessengefährdung - als komplementäre Betrachtungsweisen, die sich ergänzen und aufeinander angewiesen sind. Da Schuld und Anspruch grundsätzlich auf einen vom Gläubiger erstrebten und vom Schuldner praestierten Enderfolg einer bestimmten Interessenverwirklichung bezogen und ausgerichtet sind, bedarf es einer besonderen Legitimation für ein Einwirken des Gläubigers in den schuldnerischen Dispositionsbereich. Das Kriterium ist die schuldinadäquate Gefährdung des Erfüllungsinteresses. Das damit aktualisierte Sicherungsinteresse wiederum kann durchaus als Gegenstand eines entsprechenden (Neben-).

---

72) Vgl. die allg. Meinung, die dem Vorleistungsverpflichteten die Rechte aus § 321 BGB versagt, wenn er schon bei Vertragsschluß die Möglichkeit einer nachträglichen Vermögensverschlechterung des Partners in Kauf genommen hat; z.B. Soergel-Siebert-Schmidt, § 321 RN 7.

73) Vgl. auch den normalen materiellrechtlichen Anspruch auf "Sicherheitsleistung", über dessen konkreten Inhalt i.d.R. erst während des Verfahrens bzw. der Vollstreckung entschieden wird.

Anspruchs (74) im Rahmen des Schuldverhältnisses, dem der Schuldner zu genügen hat, beschrieben und verstanden werden.

3. Dieser erstrebte "Erfolg der Sicherung" (75) ist allerdings in Bezug auf das eigentliche Erfüllungsinteresse noch keine "Teilleistung", keine Teilerfüllung. Es handelt sich daher bei einer solchen Klage im Vorfälligkeitsstadium noch nicht um eine Teilklage im eigentlichen Sinn, welche sich immer auf eine teilweise Realisierung des teilbaren Leistungserfolges beim Gläubiger richtet (76). Teilleistung ist, was sich abschnittweise (z.B. Phasen einer Dienstleistung), quantitativ aufteilbar (z.B. Teilsummen einer Gattungsleistung) oder als trennbarer Haupt- und Nebenzwecke (z.B. Lieferung einer Maschine nebst Montage) gesondert dem Gläubiger erbracht werden kann und sich in dessen Interessen- und Vermögensbereich niederschlägt. Beginn der Vorbereitung bzw. des Erfüllungsverhaltens, ob negativ oder positiv, ist aber regelmäßig keine Teilerfüllung (77), ebensowenig eine Sicherungsmaßnahme, welche ebenfalls erst die künftige Interessenverwirklichung gewährleisten soll.

Die der Interessenvereitelung vorbeugende Klage hat insofern dieselbe Struktur und Funktion wie eine ggf. nach Erfüllung notwendige Klage, die einer nachträglichen Vereitelung des Leistungserfolges durch den Schuldner entgegentreten soll: So wenn der Käufer eines im Hinblick auf seine schöne Lage erworbenen Grundstücks nachträglich gegen den Verkäufer auf Unterlassung eines beabsichtigten Bauvorhabens, das ihm die Aussicht nehmen würde, klagt (78). Diese "nachträglichen Treupflichten", die der Erhaltung und Sicherung des - bereits erbrachten - Leistungserfolges dienen, gelten regelmäßig als klagbar; der Gläubiger muß nicht die nachträgliche Gefährdung des Erlangten dulden, um ggf. einen Schaden (qua positiver Vertragsverletzung) zu liquidieren, sondern kann die Gefährdung durch Klage abwehren. Auch insofern handelt es sich nicht um eine Teilklage, da nicht ein (quantitativ) selbständiger, positiver Teil des vertraglichen Gläubigerinteresses, sondern ein mittelbares, die Sicherung

---

74) Vgl. auch Baur, Studien, S.59, der bemerkt, daß "Ansprüche auf Sicherung" auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt (!) werden können. Dies bestätigt die sachliche Gleichwertigkeit der im summarischen oder im normalen Erkenntnisverfahren erwirkten Interessensicherung.
75) So schon Siber, JhJb 50,58,175,177/8.
76) Vgl. Siber, aaO; Larenz, § 20 I b.
77) Vgl. schon Lesser, Inhalt der Leistungspflicht (1909), S.89 ff.,91; a.A. Beuthien, aaO (N.67), S.160, im Hinblick auf die "Teilvergütung" bei (anderweitiger) Zweckerreichung.
78) RGZ 161,330.

bezweckendes Interesse des Gläubigers realisiert werden soll.

IV. Klage auf Vollerfüllung vor Fälligkeit der Leistung?

Kann die Gefährdung des Leistungserfolges durch den Schuldner vor Fälligkeit der Leistung den Gläubiger berechtigen, statt einer bloßen Sicherung sofortige Erfüllung zu verlangen und einzuklagen? Der BGH hat neuerdings folgenden Rechtssatz formuliert (79): "Der Unternehmer kann vor Fertigstellung des Werkes die Bezahlung des Werklohnes verlangen, wenn der Besteller die Erfüllung des Vertrages grundlos und endgültig verweigert".

Der Werkbesteller hatte die Fertigstellung der schon weitgehend hergestellten Geräte dadurch verhindert, daß er von ihm noch beizubringende Unterlagen nicht erarbeitete und mitteilte, und außerdem Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages geltend machte. Der BGH sah in diesem "unzuverlässigen Verhalten" des Beklagten und dem fehlenden "vorbehaltlosen Bekenntnis zu seinen Vertragspflichten" eine Erfüllungsverweigerung, welche dem Unternehmer eine "Vorleistung" (80) nicht zumutbar erscheinen lasse und ihm daher den Anspruch auf sofortige Vorauszahlung des vollen Werklohnes gewähre. - Die Begründung bleibt undeutlich: Dem Besteller sei die Einrede der mangelnden Fälligkeit nach Treu und Glauben verschlossen; es wäre widersinnig, ihm Rechte zuzubilligen, deren Ausübung er von vornherein ablehnt; es wäre ein unerträgliches Ergebnis, den Unternehmer auf die Rechte aus §§ 642 ff. BGB zu verweisen, wenn der Besteller die ihm obliegenden Mitwirkungspflichten endgültig verweigere.

Der Entscheidung kann nicht gefolgt werden. Dies wird ganz deutlich, wenn man sich den Fall vor Augen hält, daß der Besteller schon bald nach Aufnahme der Werkarbeiten die Mitwirkung unterläßt oder verweigert. Hier spricht nichts mehr dafür, dem Unternehmer die sofortige Erfüllung seines Gesamtvergütungsanspruchs zuzusprechen: Weder ist schon jetzt dessen eigenes vertragsmäßiges Leistungsergebnis abzusehen, noch ist umgekehrt gewährleistet, daß sich nicht der Besteller noch legitim aus dem Vertrag lösen wird (§ 649 BGB). Allerdings wäre es u.U. unbillig, wenn der Unternehmer auf "die Rechte aus §§ 642 ff. BGB", also praktisch auf den Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB bzw. auf den Teilvergütungsanspruch gemäß §§ 645 Abs. 1 Satz 2, 643 BGB beschränkt wäre.

---

79) BGHZ 50,175 = JZ 68,600.
80) Vgl. oben 4. Kap. bei N.64.

Das ist er aber ohnehin nicht: Hat der Besteller die Vertrauensbasis für die Durchführung des Vertrages schuldhaft so sehr erschüttert, daß eine weitere normale Abwicklung des Vertrages dem Unternehmer nicht zumutbar ist, so kann dieser nach den "allgemeinen Grundsätzen" (§ 326 BGB analog) sein Erfüllungsinteresse als Schadensersatz wegen Nichterfüllung liquidieren (vgl. § 645 Abs. 2 BGB) (81). Dieser Schadensersatzanspruch kann bei einem Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache praktisch nur im Sinne der Austauschtheorie berechnet werden; der Unternehmer kann also das abgebrochene "Werk" zur Verfügung stellen und seinen vollen entgangenen Gewinn, nicht nur eine Teilvergütung im Sinne des § 645 Abs. 1 BGB, fordern. Der Schadensersatzanspruch kann also durchaus in der Höhe dem vertraglichen Vergütungsanspruch entsprechen, so wenn das Werk schon weitgehend fertiggestellt und dem Unternehmer eine anderweitige Verwertung seiner restlichen Kapazität nicht mehr möglich war (82). Er ist aber entsprechend geringer, soweit dem Unternehmer noch ein anderweitiger Geschäftsabschluß gelingt. Es ist daher nicht gerechtfertigt, diesen Schadensersatzanspruch kurzerhand mit dem Erfüllungsanspruch zu identifizieren.

Hat der Unternehmer dagegen ein spezielles Interesse an der Aufrechterhaltung und Durchführung des Vertrages, so kann er dem "unzuverlässigen Verhalten" des Partners, soweit es eine Gefährdung des Vertragserfolges darstellt, mit dem Verlangen nach Sicherstellung begegnen, u.U. sogar auf Vornahme der Mitwirkungshandlungen und auf Abnahme klagen, so etwa wenn nach der Vertragsanlage die Ausführung des Werkes auch dem Reklame- oder Erprobungszweck des Unternehmers dienen sollte (83). Dagegen gibt es keinen Rechtssatz, der ihm schon vor Fälligkeit der Gegenleistung die volle Befriedigung seines Vergütungsanspruchs

---

81) So BGHZ 11,80 zutreffend im Ergebnis.
82) Diese Situation lag offenbar in dem vom BGH zu entscheidenden Fall vor. Der Klage hätte demnach wohl - wie es das Landgericht getan hatte - auf der Grundlage eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung in voller Höhe stattgegeben werden können. Daß der Kläger seine Vergütung "als Erfüllung" verlangte, mußte das Gericht hinsichtlich der zutreffenden rechtlichen Beurteilung nicht binden.
83) Vgl. oben 4. Kap. II d.

zukommen läßt. Die "Erfüllungsverweigerung" als Tatbestand der schuldhaften Interessengefährdung gibt dem Gläubiger nur die Möglichkeit, ggf. den Vertrag sofort zu stornieren und sein Erfüllungsinteresse zu liquidieren oder aber das erschütterte Vertragsverhältnis durch eine sichernde Zwangsmaßnahme zu stabilisieren, nicht dagegen, sich eine sofortige Vollerfüllung seines Vertragsinteresses, die ihm erst später unter weiteren Bedingungen zusteht, zu verschaffen.

Was hier zu dem speziellen Fall einer "Erfüllungsverweigerung" des Geldschuldners (in Form der Verweigerung von Mitwirkungshandlungen) gesagt wurde, gilt gleichermaßen und noch fragloser bei sonstigen Schuldinhalten: soweit dort der Schuldner vor Fälligkeit der Leistung ein die Interessengefährdung begründendes Verhalten zeigt, kann dies dem Gläubiger nicht das Recht geben, nunmehr sofortige Leistung oder gar Vorleistung zu fordern. Er kann allenfalls - wie erörtert - in gewissem Rahmen eine Sicherung der künftigen Erfüllung erzwingen, durch vorbeugende Einwirkung auf den schuldnerischen Dispositionsbereich, d.h. durch vorbeugende Klage auf Beseitigung der Rechtsgefährdung oder ggf. durch einen entsprechenden Antrag im Eilverfahren.

Literaturverzeichnis

Ballerstedt, Kurt, Zur Lehre vom Gattungskauf, in: Festschrift für H.C. Nipperdey (1955), S.261 ff.

Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 29. Aufl., München u. Berlin 1966.

Baur, Fritz, Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, S.607 ff.

-- Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967.

-- Zur Terminologie und einigen Sachproblemen der vorbeugenden Unterlassungsklage, JZ 1966, S.381 ff.

-- Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 8. Aufl., Karlsruhe 1969.

Beuthien, Volker, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.

Blomeyer, Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin 1969.

-- Zivilprozeßrecht, Berlin 1963.

Blomeyer, Jürgen, Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers auf Grund des Kaufvertrages, JZ 1968, S.691 ff.

Blomeyer, Karl, Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65 (1952), S.52 ff.

Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, 9. Aufl., München 1969.

Boldt-Schlephorst, Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz), Köln 1963.

Briegleb, Hans Karl, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859.

Brinz, Alois, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, 2. Aufl., Erlangen 1879.

Bruns, Rudolf, Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, in: Festschrift für H.C. Nipperdey (1965) I, S.3 ff.

B r u n s , Rudolf, Schadensersatz und Rechtskraftfragen des § 945 ZPO, ZZP 65 (1952), S.67 ff.

- - Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin 1963.

B u n d , Elmar, Die Bindungswirkung des Erbvertrages, JuS 1968, S.268 ff.

v. C a e m m e r e r , Ernst, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Bd. II, S.49 ff., Karlsruhe 1960.

C a n a r i s , Klaus-Wilhelm, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, S.475 ff.

D e r n b u r g , Heinrich, Pandekten, Bd. 2 Obligationenrecht, 5. Aufl., Berlin 1897.

D e u t s c h , Erwin, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln 1963.

D ö l l e , Hans, Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStW 103 (1943), S.57 ff.

E l t z b a c h e r , Paul, Die Unterlassungsklage, Berlin 1906.

E n n e c c e r u s - L e h m a n n , Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.

E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1.2.Halbb., Tübingen 1959/60.

E r m a n , Walter, Lücken im materiellrechtlichen und prozessualen Schutz von Rechten, JZ 1960, S.297 ff.

- - (Hsg.) Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Münster 1967.

E s s e r , Josef, Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963, S.489 ff.

- - Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 1. Aufl. (1949), 2. Aufl. (1960), 3. Aufl. Bd. I, II, Karlsruhe 1968/69.

F i k e n t s c h e r , Wolfgang, Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 1969.

F r i t z , Paul, Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners, AcP 134 (1931), S.197 ff.

G a u p p , Ludwig, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Freiburg 1890 - 93.

G e o r g i a d e s , Apostolos, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, Tübingen 1963.

G ö t z , Heinrich, Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung, JuS 1961, S.56 ff.

G o l d s c h m i d t , James, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932.

H a h n - M u g d a n , Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. II 1: Begründung des Entwurfs einer CPO, Berlin 1880; Bd. VIII: Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der CPO (Novelle v. 17.5.1898), Berlin 1898.

H a r t m a n n , Gustav, Die Obligation, Erlangen 1875.

H a s s e , Johann Christian, Die culpa des römischen Rechts, Berlin 1838.

H e c k , Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

- - Zur Entstehungsgeschichte des § 276 Absatz 1 Satz 1 BGB, AcP 137 (1933), S.260 ff.

H e l l w i g , Konrad, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

- - Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1903 - 09.

H e n c k e l , Wolfram, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeßrecht, Heidelberg 1961.

H i m m e l s c h e i n , Juri, Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), S.255 ff.

H u e c k , Alfred (-Nipperdey), Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd., 7. Aufl., Berlin 1963.

I n g e n s t a u - K o r b i o n , VOB Teil A und B, Kommentar, 3. Aufl., Düsseldorf 1960.

J ä g e r - L e n t , Konkursordnung, 8. Aufl., Bd. I, Berlin 1958.

J a u e r n i g , Othmar, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79 (1966), S.321 ff.

K i p p - C o i n g , Erbrecht, 12. Aufl., Tübingen 1965.

K ö p c k e , Günther, Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart 1965.

K o h l e r , Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1 (Schuldrecht), Berlin 1906.

K r ü c k m a n n , Paul, Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, AcP 116 (1918), S.157 ff.

K u n k e l , Wolfgang, Diligentia, ZSavSt (rom) 45, S.266 ff.

L a n g e , Heinrich, Bindung des Erblassers an seine Verfügungen, NJW 1963, S.1571 ff.

L a r e n z , Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967.

- - Lehrbuch des Schuldrechts, 9. Aufl., München 1968.

L e h m a n n , Heinrich, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 86 (1905), S.60 ff.

- - Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906.

L e o n h a r d , Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB, München 1929.

L e s s e r , Der Inhalt der Leistungspflicht, in: Beiträge zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 29, 1909.

L ö w i s c h , Manfred, Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, AcP 165 (1965), S.421 ff.

L o s e r t , Die Nebenpflichten im bürgerlichen Recht, Diss. Würzburg 1962.

L o t m a r , Philipp, Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902/08.

M e d i c u s , Dieter, Die konkretisierte Gattungsschuld, JuS 1966, S.297 ff.

M e r k e l , Johannes, Über Arrest und einstweilige Verfügungen nach dem geltenden deutschen Prozeßrecht, Halle 1880.

M o t i v e zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin 1888.

M ü n z b e r g , Wolfgang, Bemerkungen zum Haftgrund der Unterlassungsklage, JZ 1967, S.689 ff.

N a s t e l s k y , Karl, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, S.289 ff.

N e u m a n n - D u e s b e r g , Vorbeugung gegen unzulässige Streikteilnahme der Arbeitnehmer, BB 1964, S.361 ff.

N i k i s c h , Arthur, Arbeitsrecht Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1961.

- - Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952.

O e r t m a n n , Paul, Leistungshandlung und Leistungserfolg, ZHR 93 (1929), S.356 ff.

- - Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1928.

P a l a n d t , Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach, 27. Aufl., München 1968.

P l a n c k - S i b e r , Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl., Leipzig 1914.

P r o t o k o l l e der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. II, Berlin 1898.

R a b e l , Ernst, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin 1936.

- - Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen (Deutsche Landesreferate zum internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Haag 1932), in: Gesammelte Aufsätze Bd. III, S.101, Tübingen 1967.

- - Unmöglichkeit der Leistung, in: Festschrift für Bekker (1907) = Gesammelte Aufsätze Bd. I, S.61, Tübingen 1965.

R e i c h s g e r i c h t s r ä t e - Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1960.

R i t t n e r , Fritz, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, in: Festschrift für F.v. Hippel, S.391 ff., Tübingen 1967.

R o s e n b e r g , Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München 1961.

R ü m e l i n , Gustav, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.

v. S a r w e y - B o s s e r t , Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin 1901.

v. S a v i g n y , Karl Friedrich, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1.2., Berlin 1851/53.

S c h e l p - H e r b s t , Bundesurlaubsgesetz, Berlin 1963.

S c h m i d t , Eike, Nachwort zum Neudruck von Jhering, Culpa in contrahendo, Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Bad Homburg 1969.

S c h m i d t , Reimer, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953.

S c h n o r r v. C a r o l s f e l d , Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1954.

S i b e r , Heinrich, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Schuldrecht, Leipzig 1931.

- - Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903.

- - Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, JhJb 50 (1906), S.58 ff.

S o e r g e l - S i e b e r t , Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart 1967 ff.

S t a u b , Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Aufl. 1913.

v. S t a u d i n g e r , Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Berlin 1961/67.

S t e i n - J o n a s - P o h l e , Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Tübingen 1953-56.

S t e i n d o r f f , Ernst, Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 1959, S.1 ff.

S t o l l , Heinrich, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), S.257 ff.

- - Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936.

T h i e l e , Wolfgang, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S.649 ff.

T h i e m e , Paul, Sicherung des Vertragserben oder Vermächtnisnehmers zu Lebzeiten des Erblassers, JR 1956, S.292 f.

T h o m a s - P u t z o , Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., München 1968.

T i t z e , Heinrich, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, Leipzig 1900.

v. T u h r , Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1910.

W e i l b a u e r , Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben, Heidelberg 1922.

W e n z e l , Leonhard, Die Durchsetzung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers im Falle des Vertragsbruchs, JZ 1962, S.590 ff.

W e s t e r m a n n , Harry, Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1966.

W i e a c k e r , Franz, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Recht, in: Festschrift für H.C. Nipperdey (1965) I, S.783 ff.

W i e c z o r e k , Bernhard, Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., Berlin 1966.

W i e d e m a n n , Herbert, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966.

W i e t h ö l t e r , Rudolf, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960.

W i n d s c h e i d , Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt 1900.

W o l f , Ernst, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954), S.97 ff.

W o l f f - R a i s e r , Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957.

W u r z e r , Zum Schadensersatzanspruch des § 945 ZPO, GruchBeitr. 63 (1919), S.577 ff.

Z e u n e r , Albrecht, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, in: Festschrift für H. Dölle (1963) I, S.295 ff.

- - Zur Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966, S.1 ff.

Z i t e l m a n n , Ernst, Nichterfüllung und Sohlechterfüllung, in: Festgabe für Paul Krüger (1911), S.256 ff.

Z ö l l e r , Richard, Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., München 1968.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 25. Februar 1939 in Berlin als Sohn des Kaufmanns Rolf Lange und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Brodbeck, geboren. Mein Vater ist 1945 gefallen.- Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1946 bis 1949 besuchte ich die Volksschule in Böblingen, anschließend bis 1958 das Goldberg-Gymnasium in Sindelfingen/ Württemberg, wo ich am 25. Februar 1958 die Reifeprüfung ablegte.

Ab Sommer 1958 studierte ich die Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen (zwei Semester), München (fünf Semester), Wien (ein Semester) sowie weitere vier Semester (davon zwei krankheitsbedingte Urlaubsemester) an der Universität Tübingen.

Die Erste juristische Staatsprüfung legte ich am 2. Juni 1964 in Tübingen ab und war dann bis Ende 1968 im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Am 7. Dezember 1968 bestand ich in Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung.

Seit Herbst 1969 bin ich als Assistent für deutsches Recht am Institut de Droit Comparé der Universität Paris tätig.

Edlef Lange